

Reinhard Henrich

DIE PROZESSUALE STELLUNG DES SACHVERSTÄNDIGEN
IM HINBLICK AUF DIE EXPLORATION VON ZEUGEN
UND BESCHULDIGTEN

1982
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die prozessuale Stellung des Sachverständigen
im Hinblick auf die Exploration von Zeugen und
Beschuldigten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Reinhard Henrich
aus Bielefeld
1982



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Welp
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Struensee
Dekan: Prof. Dr. Dr. Krawietz
Tag der mündlichen Prüfung: 15.2.1982

G l i e d e r u n g

	Seite
A. Allgemeine Bedeutung des Sachverständigenbeweises	1
I. Anwachsen der Spezialisierung auf allen Gebieten	1
II. Gestiegenes Bedürfnis nach psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen	1
1) Wissenschaftliche Neuerkenntnisse	2
2) Tendenzförderung durch Gesetzesnovellierungen	5
III. Ausblick auf künftige Entwicklung	8
B. Begriff und Funktion des Sachverständigen	12
I. Begriffsbestimmung	12
II. Beweismittel im Strafprozeß	13
1) Beweismittel des Strengbeweises	13
2) Besondere Bedeutung im Vergleich mit anderen Beweismitteln	14
a) Anschein richterlicher Abhängigkeit	15
b) Klassifizierung als "Richtergehilfe"	16
aa) Entstehung dieser Bezeichnung	17
bb) Heutiger Meinungsstand	19
cc) Stellungnahme	23
III. Aufgabenstellung im Strafprozeß	30
C. Akteneinsicht als Vorstufe der Exploration	31
I. § 80 Abs. 2 als Ermessensvorschrift	31
II. Forderung nach uneingeschränkter Akteneinsicht	32
1) Beschränkung der Gutachtenerstellung "nach bestem Wissen und Gewissen"	33
2) Ablehnung auszugsweiser Aktenkenntnis	33
3) Gefahr eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 2	34
4) Unnötiger Zeitaufwand des Gerichts	35
5) Handhabung in der Praxis	36
6) Wertung	36

	Seite
III. Gründe gegen "automatische" Akteneinsicht	38
1) Möglichkeit negativer Auswirkungen	38
2) Gefahr der Voreingenommenheit	39
3) Letzte Verantwortlichkeit beim Richter	42
4) Keine Vergleichbarkeit mit richterlicher "Voreingenommenheit"	42
5) Ausreichende richterliche Sachkunde für Aktenentscheidung	43
IV. Ermessensvorschrift unter Berücksichtigung des § 244 Abs. 2	44
1) Möglichkeit des Verstoßes	44
2) Ermessensreduzierung auf Null	44
V. Ermessensregelung auch im Interesse des Sachverständigen	46
VI. Vergleich mit anderen Prozeßvorschriften bezüglich Akteneinsicht	47
VII. Verbot der Muß-Vorschrift im Hinblick auf Unmittelbarkeitsgrundsatz	48
1) Grund für Gefahr des Verstoßes	49
2) Gefahr auch bei schriftlichem Aktenauszug	50
3) Differenzierung zwischen mündlichem und schriftlichem Gutachten	50
4) Beschränkung dieser Gefahr bei richterlicher Ermessenstätigkeit	52
5) Erfordernis zur Vermeidung eines Verstoßes?	54
VIII. Keine generelle Aktenverweigerung bzw. nachträgliche Akteneinsicht	55
IX. Zusammenfassung: Ermessensentscheidung	57
X. Kriterien für Ermessensausübung	58
1) Abwägungsgesichtspunkte	58
2) Ausübung auf Grundlage des § 78	59
D. Exploration als Mittelpunkt der Sachverständigentätigkeit	60
I. Begriff der Exploration	61

	Seite
1) Fehlende Legaldefinition	61
2) Definition des BGH	61
3) Stellungnahme und Erweiterung	62
II. Gesetzliche Grundlage	63
1) Rechte des Sachverständigen aus § 80 Abs. 1 und 2	64
a) Voraussetzungen der Heranziehung als Explorationsgrundlage	65
aa) Inhaltliche Überschneidungen	65
bb) Unterschiedliche Zielsetzung	66
cc) Beschränkung auf richterliche Vernehmungskompetenz	67
b) Kein Vernehmungsrecht aus § 80	68
2) § 81 als denkbare gesetzliche Grundlage	69
3) Kein Explorationsrecht aus § 81 a	71
4) Überprüfung des § 81 c als Grundlage	72
5) Zwischenergebnis	73
III. Andere denkbare Grundlagen für Explorations- tätigkeit des Sachverständigen	73
1) Stellung als "Richtergehilfe"	74
2) Sachverständiger als Adressat der StPO über § 136 a	75
3) Ergebnis: Kein Explorationsrecht über Vernehmungsrecht	76
4) Kein anderes Ergebnis bei Befragung anlässlich richterlicher Vernehmung	76
5) Unsicherheit durch BGH-Entscheidung ohne Ergebnisänderung	77
IV. Explorationstätigkeit auf freiwilliger Basis	79
E. Eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen	80
I. Meinungsstand	80
1) Verbale Vielfältigkeit und Unsicherheit in Großteil der Literatur	80
2) Meinung des BGH	83

a) Befragung des Beschuldigten	83
b) Einschränkung der Handhabung bei Zeugenbefragung	84
c) Stellungnahme zur Differenzierung des BGH	87
aa) Zweifel an Meinungsänderung	87
bb) Keine überzeugenden Gründe für differenzierte Behandlung	88
3) Extrempositionen in der Literatur	90
a) Darstellung der Standpunkte	91
b) Stellungnahme	92
4) Zusammenfassung	92
a) Unzulässigkeit rechtstechnischer Vernehmungen	92
b) Unbedenklichkeit privater Unterhaltungen	93
c) Unsicherheiten zwischen den Grenzpositionen	93
II. Argumente gegen eigene Ermittlungstätigkeit	95
1) Wortlaut des § 80	95
2) Gefahr verfahrensrechtlicher Verstöße	98
3) Bedenken aus Stellung als Beweismittel	100
4) Einsatzmöglichkeit zur Umgehung prozessualer Grenzen	102
5) Gefahr für Unmittelbarkeitsgrundsatz	103
6) Vernachlässigung von Belehrungsvorschriften	105
7) Aufgabe "idealer Aufgabenverteilung" zwischen Richter und Sachverständigem	106
8) Denkbare Beschränkung der Verteidigung	107
a) Befragung in Abwesenheit	107
b) Verkennung der Sachverständigenstellung	109
9) Verschiebung der Gewichte zwischen Vor- und Hauptverfahren	110
10) Verzicht auf "Zerreißprobe der Hauptverhandlung"	113
a) Möglichkeiten der Auswirkungen	113
b) Relevanz nur bei Negativ-Effekt	115
aa) Voraussetzung	115
bb) Meinungsstand	115
c) Stellungnahme und Ergebnis	116
11) Unkritische Übernahme von Aussagen	117
12) Gefahr für Menschenwürde des Exploranten	118

	Seite
a) Inhalt denkbarer Verstöße	119
b) Grundsätzliche Bedenken bei Vernehmung	119
c) Abwägung	120
13) Falsche Einstellung des Sachverständigen	122
a) "Jagdfieber" des Sachverständigen	122
b) Arztposition des Sachverständigen	124
c) Auswirkungen auf den Sachverständigen	125
14) Zwischenergebnis	126
III. Kriterien zugunsten eigener Ermittlungen	126
1) Gutachtenerstellung "nach bestem Wissen und Gewissen"	126
a) Inhalt der Forderung	127
b) Differenzierte Betrachtung gegenüber Erörterungen bezüglich Akteneinsicht	127
2) Vertraulichkeit des Gesprächs als überlegenes Erkenntnismittel	129
a) Einzelne Kriterien	129
aa) Ähnlichkeit mit Situation täglichen Lebens	129
bb) Fremdheit der Gerichtsatmosphäre	130
cc) Unterschied der Gesprächsführung	132
b) Differenzierte Schlußfolgerungen	132
aa) Positiver Effekt bei Kindern	133
bb) Bedenken bei Erwachsenen	133
aaa) Möglichkeit der Anpassung	133
bbb) Sonderstellung des nicht verwandten Zeugen	134
ccc) Zeitfaktor	134
(1) Größerer Zeitaufwand des Sachverständigen	134
(2) Entlastung der Gerichte	135
ddd) Zusammenfassung	135
3) Nicht-Wiederholbarkeit der Befragungssituation	136
4) Erforderlichkeit für Antragstellung gemäß § 80	137
5) Standesrechtliche Gesichtspunkte	138

	Seite
IV. Zusammenfassende Stellungnahme	139
1) Keine grundsätzliche Unzulässigkeit eigener Ermittlungen	139
2) Ausnahmefall getarnter Vernehmung	139
3) Zweckmäßigkeitserwägungen für eigene Ermittlungen	140
a) Entscheidende Kriterien	140
b) Abgrenzungsvoraussetzungen gegenüber 2)	141
4) Schwierigkeiten bei Grenzziehung	142
5) Forderungen aus Zulässigkeit	143
F. Belehrung von Zeugen und Beschuldigten	144
I. Problemstellung	144
II. Belehrungsinhalte	144
1) Rechte des Beschuldigten	145
a) Schweigerecht des Beschuldigten	145
b) Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten	148
2) Zeugenrechte	148
a) Einführung	148
b) Allgemeines Schweigerecht gegenüber Sachverständigem	150
aa) Fehlende gesetzliche Regelung	150
bb) Stellung gegenüber Strafverfolgungsbehörden	150
aaa) Gesetzliche Vorschriften	150
bbb) Erschwerung der Ermittlungstätigkeit	152
ccc) Keine grundlegende rechtliche Beeinträchtigung	152
cc) Übertragbarkeit auf Sachverständigen	153
aaa) Abwägung	154
bbb) Vergleich mit Beschuldigtenschweigerecht	154
c) Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52	155
aa) Sinn des Rechts	156
bb) Konfliktlage auch bei Sachverständigenbefragung	156

	Seite
d) Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55	156
aa) Hintergrund des § 55	157
bb) Fehlende Verweisung in § 81 c Abs. 3	158
aaa) Möglichkeit der Einbeziehung	158
bbb) Fehlen einer überzeugenden Begründung	159
cc) Möglichkeit der Anwendung auf Sachverständigentätigkeit	160
aaa) Grundsätzliche Bedeutung	160
bbb) Schwierigkeit hinsichtlich Belehrungszeitpunkt	161
(1) Zeitpunkt der Belehrung	161
(2) Bedenken beim Sachverständigen	162
(3) Möglichkeit der Verlagerung des Zeitpunkts der Belehrung	163
ccc) Ergebnis	163
e) Freiwilligkeit bestimmter Handlungen und Duldungen	163
aa) Hinnahmepflichten	163
bb) Einwilligungserfordernis	165
cc) Differenzierte Behandlung von Glaubwürdigkeitsuntersuchungen in richterlicher Anwesenheit	166
aaa) Meinung des BGH	167
bbb) Standpunkt des OLG Hamm	167
ccc) Stellungnahmen der Literatur	168
(1) Peters	168
(2) Sarstedt	169
(3) Krafft	169
(4) Eigene Stellungnahme	169
(5) Panhuysen	170
(6) Schuster	171
ddd) Abwägung und Ergebnis	171
3) Sonstige Rechte	177
a) Schweigerecht des Sachverständigen	177
aa) Denkbare Belehrungsinhalt	178
aaa) Grundsätzliche Offenbarungspflicht des Sachverständigen	178

	Seite
bbb) Ausnahmemöglichkeiten	178
(1) Ausgangspunkt: § 203 StGB	179
(2) Einschränkung	180
(3) Kritik Rengiers	181
(4) Stellungnahme	183
bb) Rechts- oder Standespflicht	186
b) Fehlende Zwangsbefugnisse des Sachverständigen	187
4) Zusammenfassung	188
III. Belehrungsbedürfnis	188
1) Bedürfnis beim Beschuldigten	189
2) Bedürfnis beim Zeugen	190
3) Zusammenfassung	191
IV. Bestehen einer Belehrungspflicht?	191
1) Lösungsvorschläge	191
2) Meinungen zur Beschuldigtenbelehrung	192
a) BGH	192
b) Literatur	193
aa) Peters	193
bb) Arzt	195
cc) Fincke	195
dd) Bauer	197
ee) Krafft	198
c) Auswertung und Stellungnahme	199
aa) Keine direkte Anwendung der Belehrungsvorschriften	199
bb) Analogie des § 136 Abs. 1 S. 2?	199
aaa) Kritik an Argumentation des BGH	200
(1) Kriterium der Unparteilichkeit	200
(2) Beschränkung auf "bestimmte Fragen"	201
bbb) Analogie im Hinblick auf analoge Anwendung des § 136 a?	202

ccc) Möglichkeit der Analogie in Ansehung des StPÄG von 1964	205
ddd) Ergebnis	206
cc) Keine Änderung durch zusätzliche richterliche Belehrung	206
dd) Andere Betrachtungsmöglichkeit bei einmaliger Belehrung	207
aaa) Voraussetzungen	207
bbb) Meinung des BGH	208
ccc) Kritik Peters'	208
ddd) Stellungnahme	209
(1) Erst-recht-Erfordernis beim Sachverständigen	209
(2) Sonderstellung des Arztes	211
(3) Bedenken gegenüber Peters	211
(4) Zustimmung zu Fincke	214
(5) Ergebnis	216
3) Belehrungspflicht über Mitwirkungsfreiheit	216
a) Verhältnis zum Beschuldigtenschweigerecht	217
b) Meinung des OLG Hamm	219
c) Stellungnahme	220
4) Belehrungspflicht beim Untersuchungsverwei- gerungsrecht des Zeugen	221
a) Einführung	221
b) Regelung des § 81 c Abs. 3 StPO	221
c) Belehrungserfordernis über gesetzliche Regelung hinaus?	222
aa) Meinung des BGH	222
bb) Literaturmeinungen	225
aaa) Heinitz	225
bbb) Peters	226
ccc) Krafft	226
ddd) Panhuysen	227
eee) Wüst	229
fff) Zusammenfassung	229
cc) Stellungnahme	230
aaa) Nicht-Voraussetzbarkeit rechtlicher Kenntnisse	230

bbb) Vergleich mit materiell-rechtlicher Einwilligung	231
ccc) Kritik an Panhuysen	232
ddd) Bedenken gegenüber Heinitz	234
eee) Forderungen im Hinblick auf das StPAG von 1964	235
5) Belehrung über Zeugnis- und Aussageverweigerungsrecht	236
a) Zusammenhang mit § 81 c StPO	236
b) Recht aus § 52 StPO	236
c) Recht aus § 55 StPO	237
6) Person des Belehrungspflichtigen bei Zeugenbelehrung	238
a) Meinungsstand	238
b) Stellungnahme	240
aa) Grundsätzliche richterliche Pflicht	240
bb) Vergleich mit Beschuldigtenbelehrung	242
7) Belehrungspflicht in Analogie zu bestehenden gesetzlichen Vorschriften	243
8) Erfordernis mehrfacher Belehrung?	243
a) Aussonderung relevanter Fälle	245
b) Prüfung der Notwendigkeit	246
aa) Unterschied zur Beschuldigtenbelehrung	246
bb) Erfordernis gleicher Behandlung	246
cc) Übereinstimmung mit Rechtsprechung	247
9) Zusätzliche Prüfungspflicht für Sachverständigen?	248
a) Forderung Panhuysens	248
b) Ablehnung	249
V. Beschränkung der Belehrungspflicht	250
1) Einführung in Problematik	250
2) Einwände Finckes	251
a) Widerspruch gegen BGH-Differenzierung in Befund- und Zusatztatsachen	251
b) Auftrag als relevantes Abgrenzungskriterium	252

	Seite
3) Einwände Schusters	252
4) Stellungnahme zu Schuster	253
a) Unterschiedliche Sachkunde bei Beweiserhebung bzw. -würdigung	253
b) Restriktive Auslegung von "Befundtatsachen"	254
c) Kriterium des "schwächeren Nachweises"	255
d) Praktikabilität	256
e) Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	257
f) Widerspruch der Differenzierung des BGH gegenüber eigentlichem Abgrenzungskriterium zwischen Sachverständigem und Zeugen	259
aa) Frühere Meinung zur Abgrenzung	259
bb) Abgrenzungsmerkmal der Sachkunde	260
cc) Tatsachen / Schlußfolgerungen	260
dd) Vergangenheit / Gegenwart	261
ee) Fungibilität / Unersetzlichkeit	262
ff) Auftragskriterium	262
5) Stellungnahme zu Fincke	264
a) Keine Aufsplittungsmöglichkeit bei Fragestellung	264
b) Zufallskriterium der Sachkunde	265
c) Auftragskriterium	266
6) Ergebnis	267
7) Bedenken gegenüber Beschränkungserfordernis	267
a) Fragwürdigkeit der Gleichstellung mit Privatperson	267
b) Bedenken bei "Zufallsinformation"	268
c) Vergleich mit illegitim Erfragtem	270
d) Praktikabilitätsgründe	271
G. Grenzen der Explorationstätigkeit des Sachverständigen	271
I. Erfordernis der Grenzziehung	272
II. Grenze aus § 136 a?	272
1) Geltungsbereich	272
2) Möglichkeit analoger Anwendung	273

	Seite
a) Keine Anwendung über §§ 69 Abs. 3, 72 StPO	273
b) Bejahung einer Analogie durch h.M.	274
aa) Gehilfenstellung als Argument des BGH	274
bb) Argumentation der Literatur	274
cc) Ablehnende Meinung Finckes	276
c) Stellungnahme	277
aa) § 136 a als Konkretisierung des Art. 1 GG	277
bb) Bedenken gegen unmittelbare Anwendung von Art. 1 GG	278
aaa) Drittwirkung der Grundrechte	278
(1) Inhalt	278
(2) Heute h.M.	279
(3) Zweifel am Grundrechtscharakter des Art. 1 GG	279
(4) Zwischenergebnis	280
bbb) Anwendung des Art. 1 GG ohne umfassende Wirkung	281
cc) Vergleichbarkeit mit Vernehmungssituation	282
dd) Keine Gleichstellung mit Privatperson	283
ee) Folgen der Nicht-Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2	284
ff) Praktische Schwierigkeiten	285
d) Ergebnis	286
III. Grenze aus Allgemeinem Persönlichkeitsrecht	286
1) Grundsätzliche Anwendbarkeit	286
2) Anwendungsbereich	287
3) Anwendungsmöglichkeit auf Sachverständigentätigkeit	288
H. Einführung von Ermittlungen des Sachverständigen und ihre Verwertbarkeit	289
I. Vermeidung eines Verstoßes gegen Unmittelbarkeitsgrundsatz	289
1) Meinung des BGH	290
a) Befundtatsachen	290
b) Zusatztatsachen	291

	Seite
aa) Grundsätzliche Einführung	291
bb) Besonderheit bei Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht	292
aaa) Befragung durch den Richter	293
bbb) Befragung durch den Sachverständigen	293
2) Standpunkte der Literatur	295
a) Einführung	295
b) Panhuysen	295
c) Peters	295
3) Zulässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen	296
a) Prozessuale Situation	297
aa) § 250 StPO als Ausgangspunkt	297
bb) Meinungsstand	297
cc) Stellungnahme	299
b) Einschränkung beim Sachverständigen-Beweis	300
aa) Sonderstellung des Sachverständigen	300
bb) Gefahr der Umgehung von Zeugnisverweigerungsrechten	301
cc) Beschränkung der Verteidigung	302
4) Unterschiedlicher Ansatzpunkt Finckes und Schusters	303
II. Verwertbarkeit bei Verstoß gegen Prozeßnormen	303
1) Einführung	304
2) Verwertbarkeit im Rahmen des § 136 a StPO analog	306
3) Verwertbarkeit bei fehlender Belehrung	306
a) Einführung	306
b) Fehlende Belehrung über Beschuldigten-schweigerecht	307
aa) Rechtsprechung	307
bb) Gegenteilige Literaturmeinung	309
cc) Stellungnahme	311
dd) Besonderheit bei Sachverständigen-tätigkeit	315

c) Nicht-Belehrung über Zeugnisverweigerungsrecht	317
aa) Vergleich mit Beschuldigtenbelehrung	317
bb) Meinung der Rechtsprechung	317
cc) Stellungnahme zum BGH	319
dd) Literaturansicht	321
ee) Zusammenfassende Stellungnahme	323
d) Nicht-Belehrung über Freiwilligkeit der Untersuchung im Rahmen des § 81 c StPO bei Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht	324
aa) BGH	325
bb) Eb. Schmidt	325
cc) Stellungnahme	326
aaa) Vergleich mit Zeugnisverweigerungsrecht	326
bbb) Unterschiedliche Konfliktlage	326
ccc) Kein Ausnahmefall bei vorheriger richterlicher Belehrung	328
e) Fehlende Belehrung über Freiwilligkeit der Untersuchung im Rahmen des § 81 c StPO bei Zeugen ohne Zeugnisverweigerungsrecht	329
aa) Einführung	329
bb) Meinung Panhuysens	330
cc) Stellungnahme	330
aaa) Vergleich mit § 55 im Hinblick auf Rechtskreistheorie	331
bbb) Kritik an Rechtskreistheorie	332
(1) Literaturmeinung	332
(2) Standpunkt Gossraus	332
(3) Unverwertbarkeit wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung	333
(4) Justizgewährungsanspruch	335
ccc) Ergebnis	336
f) Fehlende Belehrung über Recht aus § 55	336
aa) Meinung des BGH	336
bb) Gegenteilige Ansicht in Rechtsprechung und Literatur	338
cc) Übereinstimmung mit Literaturmeinung	339
g) Nicht-Belehrung über fehlendes Sachverständigenschweigerecht	341

aa) Meinungsstand	341
bb) Stellungnahme	342

J. Reformüberlegungen 345

I. Richter und Sachverständiger in Personaleinheit 346

1) Idealbild und Utopie	346
2) Modifizierende Meinungen	346
a) Blomeyer	346
b) Hepner	347
3) Würdigung	347
a) Vorteile	348
b) Notwendigkeit zusätzlicher Zuziehung von Sachverständigen	348
c) Praktische Schwierigkeiten	349
d) Gefahr des Halbwissens	350
e) Bedenken gegenüber Argumentation Blomeyers	351
f) Verfassungsrechtliche Bedenken	352

II. Der Sachverständige auf der Richterbank 354

1) Vorschlag Schröders	354
2) Stellungnahme Eb. Schmidts	355
3) Ansicht Bremers	356
4) Ablehnung durch Kohlhaas	357
5) Meinung Kraffts	357
6) Stellungnahme	357
a) Verbindung des Gedankengutes unterschiedlicher Wissenschaften	358
b) Zweifel hinsichtlich prozessualer Stellung des Sachverständigen	358
c) Untergrabung der Vertrauensstellung	359
d) Mitverantwortung für Urteil	359
e) Verfassungsrechtliche Bedenken	360
f) Schwierigkeiten bei Besetzung der Gerichte	361
g) Terrainverlust des Richters	361
h) Richter und Sachverständiger in getrennten Lagern	362
i) Mitwirkung juristischer Laien an juristischen Aufgaben	363

j) Gefahr einseitiger Einflußnahme	364
k) Einstellung der Sachverständigen	366
III. Sondergerichte	367
1) Gesetzeslage und historischer Rückblick	367
2) Bedenken bezüglich Verbesserungen	368
IV. Spezialgerichte	369
V. Schuldinterlokut	370
1) Inhalt	370
2) Erfordernis der Anpassung an Täterstrafrecht	372
3) Vorteile	373
a) Verlagerung der Erörterung der persönlichen Verhältnisse	373
b) Schutz der Menschenwürde	375
c) Keine Beeinflussung des Gerichts	376
d) Beseitigung des Verteidigerdilemmas	377
4) Nachteile	379
a) Rechtstradition	379
b) Prozeßdauer	379
c) Fehlende Möglichkeit umfassender Verfahrensabwicklung	380
d) Bedenken gegen Trennung der Beweismittel	381
e) Gefahr der Angeklagtenprivilegierung	382
f) Zusammenfassende Stellungnahme	382
5) Besondere Berücksichtigung der Sachverständigenproblematik	383
a) Fehlender Anreiz zu eigenen Ermittlungen	383
b) Vorteile nur bei strikter Anwendbarkeit	384
aa) Praktische Schwierigkeiten	384
bb) Stellungnahme	386
c) Psychischer Druck für bestimmte Angeklagte	387
d) Zeitfaktor	388
e) Behandlung neuer Erkenntnisse im 2. Abschnitt	389
aa) Problemstellung	389
bb) Sachverständiger im 2. Abschnitt auf der Richterbank?	391

	Seite
f) Keine Änderung in Belehrungsproblematik	391
aa) Fehlen grundsätzlicher Änderung	391
bb) Überflüssigkeit einzelner Belehrungspflichten?	391
aaa) Meinung Blaus	392
bbb) Ansicht Kraffts	392
ccc) Stellungnahme	392
cc) Verminderung der Gefahr von Nicht-Belehrung?	393
g) Ergebnis	394
IV. Verbesserungen ohne grundlegende prozessuale Änderungen	394
1) Verbesserung richterlicher Ausbildung	395
2) Vorbereitung der Sachverständigen auf forensische Tätigkeit	395
3) Gesetzliche Regelung sachverständlicher Ermittlungstätigkeit und deren Umfang	396
4) Klarstellung der Belehrungspflichten	397
5) Unerreichbarkeit umfassender Lösung	398

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Alsberg, Max
Nüse, Karl-Heinz
Der Beweisantrag im Strafprozeß
4. Auflage
Köln, Berlin, Bonn, München 1969
- Altavilla, Enrico
Forensische Psychologie
(herausgegeben von G. Bohne und W. Sax)
Band 1: Der psychologische Prozeß und
die gerichtliche Wahrheit
Graz, Wien, Köln 1955
Band 2: Die Psychologie der Straf-
prozeßbeteiligten
Graz, Wien, Köln 1955
- Amboss, Margot
Roehl, Ulrich
Zu den Voraussetzungen für die Bei-
ziehung von forensischen Gutachten
NJ 1972, 684
- Arbab-Zadeh, Amir
Des Richters eigene Sachkunde und das
Gutachterproblem im Strafprozeß
NJW 1970, 1214
- Arzt, Gunther
Anmerkung zu der Entscheidung des BGH
v. 6.9.1968, JZ 1969, 438
- Bachof, Otto
Die Rechtsprechung des Bundesver-
waltungsgerichts (BVerwGE Band 13-19)
JZ 1966, 436
- Bauer, Gerhard
Die Aussage des über das Schweigerecht
nicht belehrten Beschuldigten
Dissertation, Göttingen 1972
- Beling, Ernst
Deutsches Reichsstrafprozeßrecht
Berlin und Leipzig 1928
(zitiert: Reichsstrafprozeßrecht)
- Beling, Ernst
Die Beweisverbote als Grenzen der
Wahrheitsforschung im Strafprozeß
Breslau 1903
(zitiert: Beweisverbote)
- Beling, Ernst
Strafprozeß
ZStW 1907, 792
- Bindokat, Heinz
Die Sachverständigen
Glosse
JZ 1954, 399
- Bindokat, Heinz
Zur Frage des Irrtums bei Prozeß-
handlungen, NJW 1956, 51
- von Birkmeyer
Deutsches Strafprozeßrecht
Berlin 1898

- Blau, Günter Der psychologische Sachverständige im Strafprozeß
in: Blau-Müller-Luckmann
Gerichtliche Psychologie
Neuwied, Berlin 1962
(zitiert: Der psych. Sachverständige)
- Blau, Günter Der Strafrechtler und der psychologische Sachverständige, ZStW 1966, 153
- Blau, Günter Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte
Schuldspruch und Strafausspruch
ZStW 1969, 31
- Blau, Günter Zur Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit psychologischer Glaubwürdigkeitsgutachten in Jugendschutzsachen
GA 1959, 293
- Blomeyer, Jürgen Der Ruf nach dem spezialisierten und sachverständigen Richter
ZRP 1970, 153
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht
Erkenntnisverfahren
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
(zitiert: Zivilprozeßrecht)
- Bockelmann, Paul Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, in: Gedächtnisschrift für G. Radbruch, Göttingen 1968
(zitiert: Gedächtnisschrift für Radbruch)
- Bockelmann, Paul Strafrecht des Arztes
Stuttgart 1968
(zitiert: Strafrecht des Arztes)
- Bockelmann, Paul Strafrichter und psychologischer Sachverständiger, GA 1955, 321
- Bremer, Heinz Der Sachverständige
2. Aufl., Heidelberg 1972
- Bresser, Paul H. Der Psychologe und § 51 StGB
NJW 1958, 248
- Bresser, Paul H. Der Sachverständige und das Bundeszentralregistergesetz, NJW 1973, 537
- Bresser, Paul H. Die Ermittlung des Subjektiven Tatbestandes, Grundsätzliches über Psychologie und Recht
in: Festschrift für Richard Lange
Berlin, New York 1976
(zitiert: Festschrift)

- Bruns, Rudolf Rechtsvergleichende Bemerkungen zu neuen Lehrbüchern des Zivilprozeßrechts, JZ 1964, 542
- Bruns, Hans-Jürgen Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil Köln, Berlin, Bonn, München 1967 (zitiert: Strafzumessungsrecht AT)
- Busch, Richard Anmerkung zu der Entscheidung des BayObLG vom 6.5.1953, JZ 1953, 703
- Cabanis, Detlef Möglichkeiten und Grenzen forensisch-psychologischer Begutachtung Köln, Berlin, Bonn, München 1971 (zitiert: Möglichkeiten und Grenzen)
- Cabanis, Detlef Richter und Arzt in: Festschrift für Ernst Heinitz Berlin 1972 (zitiert: Festschrift)
- Cabanis, Detlef Verfahrensrechtliche Behinderung psychiatrischer Sachverständigentätigkeit, Münchner Medizinische Wochenschrift 1967, 2234
- Dahs, Hans jun.
Wimmer, Raimund Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht, NJW 1960, 2217
- Dahs, Hans jun. Praktische Probleme des Schuldinterlokutes, GA 1971, 353
- Dahs, Hans sen. Buchbesprechung (Strafprozeßordnung) NJW 1965, 1265
- Dahs, Hans sen. Fortschrittliches Strafrecht in rückständigem Strafverfahren NJW 1970, 1705
- Dalcke, Albert
Fuhrmann, Ernst
Schäfer, Karl Strafrecht - Strafverfahren 36., völlig neubearb. und erweiterte Auflage, Berlin 1955
- Deitigsmann, Ottmar Der gerichtliche Schriftsachverständige, JZ 1953, 494
- Dencker, Friedrich Verwertungsverbote im Strafprozeß Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Döhring, Erich Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, Berlin 1964 (zitiert: Die Erforschung)
- Döhring, Erich Fachliche Kenntnisse des Richters und ihre Verwertung im Prozeß JZ 1968, 641

- Dohna, Alexander Graf zu Das Strafprozeßrecht
2., neubearb. Auflage
Berlin 1925
- Dreher, Eduard
Tröndle, Herbert Strafgesetzbuch und Nebengesetze
39. neubearb. Auflage des von Otto
Schwarz begründeten Werkes
München 1980
- Dünnebier, Hans Zur Tagebuchentscheidung des Bundes-
gerichtshofs, MDR 1964, 965
- Ehrhardt, Helmut Aussprache während der Arbeitstagung
im BKA Wiesbaden v. 3.11. - 8.11.1958
abgedruckt in: Kriminalpolitische
Gegenwartsfragen 1959, 225
- Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Carl Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts
14. neubearb. Auflage, Tübingen 1952
- Erbs, Georg Handkommentar zur Strafprozeßordnung
Frankfurt a.M. und Bonn 1950
- Erbs, Georg Unzulässige Untersuchungsmethoden
Probleme des § 136 a, NJW 1951, 386
- Erdsiek, Gerhard Zur Entwicklung im allgemeinen
Persönlichkeitsrecht, NJW 1962, 622
- Eser, Albin Aussagefreiheit und Beistand des Ver-
teidigers im Ermittlungsverfahren
ZStW 1967, 565
- Evers, Hans-Ulrich Verletzung des Postgeheimnisses
(Art. 10 GG) und Beweisverwertungsver-
bot im Strafprozeß, JZ 1965, 661
- Falck, Ernst Der technische Sachverständige im
Strafprozeß, JR 1955, 285
- Feldmann, Clemens Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter
Beweise, NJW 1959, 853
- Fincke, Martin Die Pflicht des Sachverständigen zur
Belehrung des Beschuldigten
ZStW 1974, 656
- Fischinger, Helmuth Die Teilung des Strafverfahrens in
zwei Abschnitte. Schuldspruch und
Strafausspruch, ZStW 1969, 49
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1. Bd. (Allg. Teil), 10. Auflage,
München 1973
- Fränkel, Ernst Anmerkung zu der Entscheidung des BGH
vom 4.3.1958, LM Nr. 6 zu § 136 a StPO

- Friederichs, Helmut Sachverständigengruppen und ihr Leiter - Fortentwicklung des Sachverständigenbeweissrechts? Zugleich eine Stellungnahme zu BGHSt 22, 268 JZ 1974, 257
- Fröhler, Ludwig Rechtsprobleme technischer Begutachtungen, München 1971
- Geerds, Friedrich Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis
Zur Problematik der §§ 55, 56 StPO
in: Festschrift für Ulrich Stock
Würzburg 1966
(zitiert: Festschrift)
- Geerds, Friedrich Juristische Probleme des Sachverständigen-Beweises
Archiv für Kriminologie 1966, 61 und 157
- Gerland, Heinrich Der Deutsche Strafprozeß
Mannheim, Berlin, Leipzig 1927
- Geyer, August Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880
- Gössel, Karl Heinz Strafverfahrensrecht
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977
- Goldschmidt, James Der Prozeß als Rechtslage
Berlin 1925
- Gossrau, Eberhard Unterlassen der Zeugenbelehrung als Revisionsgrund (Anm. zum Beschluß des GSS des BGH v. 21.1.58), MDR 1958, 468
- Grau, Fritz Die Bedeutung des Vorlebens des Angeklagten für den Schuldigspruch
DJ 1937, 1529
- Grünwald, Gerald Anm. zum Beschluß des BGH vom 30.4. 1968, JZ 1968, 752
- Grünwald, Gerald Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren,
JZ 1966, 489
- Haddenbrock, Siegfried Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neueren Rechtsprechung, ZStW 1963, 460
- Hahn, Carl Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung v. 1. Febr. 1877
Band 1, Berlin 1880
(zitiert: Materialien)

- Hamann, Andreas
Lenz, Helmut
Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
3. völlig Neubearb. und wesentlich erweiterte Auflage
Neuwied und Berlin 1970
- Hanack, Ernst-Walter
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht
(Bd. 11-22 der Amtlichen Sammlung)
JZ 1971, 168
- Hanack, Ernst-Walter
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht
(Bd. 11-22 der Amtlichen Sammlung)
JZ 1972, 236
- Hartung, Fritz
Einführung englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechts in Deutschland?
NJW 1952, 201
- Heinitz, Ernst
Anmerkung zur Entscheidung des BGH v. 14.10.1959, JR 1960, 226
- Heinitz, Ernst
Die Verwertung von Tagebüchern als Beweismittel im Strafprozeß
JR 1964, 441
- Heinitz, Ernst
Grenzen der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen im Strafprozeß
in: Festschrift für K. Engisch
Frankfurt a.M. 1969
(zitiert: Festschrift)
- Heinitz, Ernst
Zweiteilung der Hauptverhandlung?
in: Festschrift für Ulrich von Lüptow
Berlin 1970
(zitiert: Zweiteilung der Hauptverhandlung?)
- Henkel, Heinrich
Strafverfahrensrecht
2. Neubearb. Auflage
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
- Hepner, Walter
Richter und Sachverständiger
Kriminologische Schriftenreihe Bd. 21
Hamburg 1966
- Hiendl, Hans
Darf bei Alkoholverkehrsdelikten der die Blutprobe entnehmende Arzt vor dem Gericht die Aussage über den klinischen Befund verweigern?
NJW 1958, 2100
- von Hippel, Robert
Der Deutsche Strafprozeß
Marburg 1941

Hörstel, Reinhard	Wird die Würde des Menschen durch psychologische Untersuchungen im Auftrage der Verwaltung angetastet? DVBl 1964, 1009
Horn, Eckhard	Tatschuld-Interlokut und Strafzumessung, ZStW 1973, 7
Hubmann, Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht 2. veränd. und erweiterte Auflage Köln und Graz 1967
Janetzke, Gerhard	Die Beweiserhebung über die Glaubwürdigkeit des Zeugen im Strafprozeß NJW 1958, 534
Jerusalem, Andreas	Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Hamburg vom 25.1.1966 NJW 1966, 1278
Jescheck, Hans-Heinrich	Der Strafprozeß - Aktuelles und Zeitloses, JZ 1970, 201
Jessnitzer, Kurt	Der gerichtliche Sachverständige 8., vollständig erneuerte und erweiterte Auflage Köln, Berlin, Bonn, München 1980
Kaiser, Günther	Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle Frankfurt a.M. 1972
Karpinski, Kurt	Der Sachverständige im Strafprozeß NJW 1968, 1173
Kern, Eduard	Der gesetzliche Richter Berlin 1927
Kern, Eduard Roxin, Claus	Strafverfahrensrecht 14. neubearb. Auflage, München 1976
Kern, Eduard Wolf, Manfred	Gerichtsverfassungsrecht 5. völlig neubearb. Auflage München 1975
Kleinknecht, Theodor	Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81 a StPO, NJW 1964, 2181
Kleinknecht, Theodor	Strafprozeßordnung 34. neubearb. Auflage des von Otto Schwarz begründeten Werkes München 1979

- KMR
Kommentar zur Strafprozeßordnung
herausgegeben von Müller, Hermann -
Sax, Walter - Paulus, Rainer
(begründet von Kleinknecht-Müller-
Reitberger)
7. Neubearb. und erweiterte Auflage
Darmstadt 1980
6. Auflage, herausgegeben von Müller-
Sax, Darmstadt 1966
- Knack, Hans-Joachim
Verwaltungsverfahrensgesetz
Kommentar
Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Knögel, W
Strafrichter und Strafrichtertum
NJW 1958, 1568
- Koch, Hans-Jörg
Sachverständige oder Spezialgerichts-
barkeit? JR 1956, 369
- Kogge
Psychoanalyse? JR 1950, 203
- Kohlhaas, Max
Änderung des Sachverständigenbeweises
im Strafprozeß? NJW 1962, 1329
- Kohlhaas, Max
Die neuen wissenschaftlichen Methoden
der Verbrechensaufklärung und der
Schutz der Rechte des Beschuldigten
JR 1960, 246
- Kohlhaas, Max
Medizin und Recht
München, Berlin, Wien 1969
(zitiert: Medizin und Recht)
- Kohlhaas, Max
Schlüsse aus dem Schweigen des
Beschuldigten? NJW 1965, 2282
- Kohlhaas, Max
Schwierigkeiten bei der Aufklärung
von Kindesmißhandlungen, NJW 1967, 958
- Kohlhaas, Max
Vom ersten Zugriff zum Schlußgehör
NJW 1965, 1954
- Kohlhaas, Max
Zeugnisverweigerung des Arztes nach
Entnahme einer Blutprobe?
DRiZ 1959, 246
- Kohlhaas, Max
Die Stellung des ärztlichen Sachver-
ständigen in der Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofes in Strafsachen
Der medizinische Sachverständige 1960,
97 (zitiert: Mediz. Sachverständiger)
- Kraft, Wilfried
Zulässigkeit eigener Ermittlungstätig-
keit des Psychiatrischen und Psycho-
logischen Sachverständigen im Straf-
prozeß, Dissertation, Göttingen 1974

- Krause, Dietmar Alte Fragen zum neuen § 81 c StPO
JZ 1976, 124
- Krauß, Detlef Richter und Sachverständiger im
Strafverfahren, ZStW 1973, 320
- von Kries, August Lehrbuch des deutschen Strafprozeß-
rechts, Freiburg 1892
- Kube, Edwin Beweisverfahren und Kriminalistik in
Deutschland
Kriminologische Schriftenreihe Bd. 13
Hamburg 1964
- Kunert, Karl Heinz Wie weit schützt die Strafprozeß-
ordnung die Grundrechte des Beschul-
digten? MDR 1967, 539
- Langelüddecke, Albrecht Gerichtliche Psychiatrie
Bresser, Paul H. 4. völlig Neubearb. Auflage
Berlin, New York 1976
- Larenz, Karl Das "allgemeine Persönlichkeitsrecht"
im Recht der unerlaubten Handlungen
NJW 1955, 521
- Leferenz, Heinz Richter und Sachverständiger
in: Kriminalbiologische Gegenwarts-
fragen 1962 (Heft 5), 1
- Lehmann, Rudolf Anmerkung zu der Entscheidung des RG
v. 26.4.1932, JW 1932, 3355
- Leibholz, Gerhard Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland
Rinck, Hans Justus Kommentar
4. Überarbeit. und erweiterte Auflage
Köln, Marienburg 1971
- Lenckner, Theodor Ärztliches Berufsgeheimnis
in: Arzt und Recht
München 1966
- Lenckner, Theodor Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit
Sonderdruck aus Handbuch der foren-
sischen Psychiatrie, Bd. 1 Teil A
Heidelberg, New York 1972
(zitiert: Handbuch)
- Lent, Friedrich Zur Abgrenzung des Sachverständigen
vom Zeugen im Zivilprozeß
ZZP 1936/37, 9
- Ligges, Wolfgang Die Stellung des Sachverständigen im
deutschen Strafprozeß
Dissertation, Münster 1963

- Locard, Edmond Die Kriminaluntersuchung und ihre wissenschaftlichen Methoden (Bearbeitet von Willy Finke) Berlin 1930
- Löffler, Rudolf Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der §§ 81, 81 a StPO NJW 1951, 821
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz 23. neubearb. Auflage Berlin, New York 1978
- Lürken, Günter Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozeß (§§ 73, 78 StPO) NJW 1968, 1161
- Maase, Ulrich Die Verletzung der Belehrungspflicht nach § 163 a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO gelegentlich der Blutentnahme und deren rechtliche Folgen DAR 1966, 44
- von Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz
Klein, Friedrich Kommentar 2., neubearb. und vermehrte Auflage Berlin und Frankfurt a.M. 1966
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht 20., neubearb. Auflage, München 1975
- Mayer, Hellmuth Der Sachverständige im Strafprozeß in: Festschrift für Edmund Mezger München, Berlin 1954
- Messmer, Hermann Besteht eine Belehrungspflicht des Arztes bei Befragungen und Testungen gelegentlich der Blutentnahme? DAR 1966, 153
- Mezger, Edmund Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, AcP, Beilageheft zu Bd. 117 (1918), Tübingen 1918
- Meyer, Klaus Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Hamburg v. 25.1.1966, JR 1966, 310
- Mitteis, Heinrich Graphologie und Recht DJZ 1928, 1646
- Moser, Tilmann Psychoanalyse und Justiz ZRP 1971, 106
- Müller, Klaus Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren 2. völlig überarbeitete Auflage Kronberg/Ts. 1978

- Müller-Luckmann, Elisabeth Die psychologische Begutachtung der Glaubwürdigkeit insbesondere in Jugendschutzsachen
in: Blau-Müller-Luckmann
Gerichtliche Psychologie
Neuwied, Berlin 1962
- von Münch, Ingo Besonderes Verwaltungsrecht
4. (neubearb.) Auflage
Berlin und New York 1976
- Neumann, Franz L.
Nipperdey, Hans Carl
Scheuner, Ulrich Die Grundrechte
Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte
2., unveränd. Auflage
Berlin 1968
- Niese, Werner Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
JZ 1953, 219
- Niese, Werner Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen
Göttingen 1950
(zitiert: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen)
- Niese, Werner Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung
ZStW 1951, 199
- Nüse, Karl-Heinz Zu den Beweisverböten im Strafprozeß
JR 1966, 281
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
39., neubearb. Auflage, München 1980
- Panhuysen, Ursula Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit
Berlin 1964
- Peters, Karl Anmerkung zur Entscheidung des BGH
v. 6.9.1968, JR 1969, 232
- Peters, Karl Anmerkung zur Entscheidung des BGH
v. 13.5.1969, JR 1970, 68
- Peters, Karl Beweisverböte im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT
in: Verhandlungen des 46. DJT
Band 1, Teil 1
München, Berlin 1966
(zitiert: Verhandlungen 46. DJT)
- Peters, Karl Der Strafprozeß in der Fortentwicklung, Karlsruhe 1970
(zitiert: Strafprozeß in der Fortentwicklung)

- Peters, Karl Die prozeßrechtliche Stellung des
psychologischen Sachverständigen
in: Handbuch der Psychologie 11. Bd.
Göttingen 1967
(zitiert: Handbuch)
- Peters, Karl Ein Beitrag zum Fehlurteil
in: Festschrift für Edmund Mezger
München, Berlin 1954
(zitiert: Festschrift)
- Peters, Karl Strafprozeß
2., neubearb. und erweiterte Auflage
Karlsruhe 1966
(zitiert: Lehrbuch)
- Pieper, Helmut Richter und Sachverständiger im
Zivilprozeßrecht
ZZP 1971, 1
- Preisendanz, Holger Strafgesetzbuch
Lehrkommentar
30., völlig überarb. und ergänzte
Auflage, Berlin 1978
- Protokolle der Kommission für die Reform des
Strafprozesses
Bd. 1 (10. Sitzung)
Bd. 2 (74. Sitzung)
Berlin 1905
- Rauch, Hans-Joachim Auswahl und Leitung des Sachverständigen
im Strafprozeß
NJW 1968, 1173
- Recken, Heinrich Gedanken zum Strafprozeß
DRiZ 1968, 38
- Redelberger, Oskar Psychologische Gutachten in Sittlich-
keitsprozessen
NJW 1965, 1990
- Rejewski, Erwin Unterbliebener Hinweis auf die
"Aussagefreiheit" des Beschuldigten
als Revisionsgrund? NJW 1967, 1999
- Rengier, Rudolf Die Zeugnisverweigerungsrechte im
geltenden und künftigen Strafverfah-
rensrecht
in: Rechts- und Staatswissenschaft-
liche Veröffentlichungen der Görres-
Gesellschaft, Neue Folge, Heft 33
Paderborn, München, Wien, Zürich 1979
- Römer, Wilhelm Das Schuldinterlokut
GA 1969, 333

Roesen, Anton	Der psychologische Sachverständige im Sittlichkeitsprozeß NJW 1964, 442
Russ, Wolfgang	Tatsachenbekundungen des Sachver- ständigen im Strafprozeß NJW 1963, 385
Sarstedt, Werner	Der forensische Beweiswert ärztlicher Befunde und naturwissenschaftlicher Untersuchungsmethoden in: Beiträge zur gerichtlichen Medizin Bd. XXV (1969) (zitiert: Beiträge zur gerichtlichen Medizin)
Sarstedt, Werner	Auswahl und Leitung des Sachverständi- gen im Strafprozeß (§§ 73, 78 StPO) NJW 1968, 177
Sauer, Wilhelm	Allgemeine Prozeßrechtslehre Berlin, Detmold, Köln, München 1951 (zitiert: Allg. Prozeßrechtslehre)
Sauer, Wilhelm	Grenzen des richterlichen Beweises JR 1949, 500
Sax, Walter	Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchauf- zeichnungen als Beweismittel JZ 1965, 1
Schmidhäuser, Eberhard	Zeuge, Sachverständiger und Augen- scheinsgehilfe, ZZP 1959, 365
Schmidt, Eberhard	Anmerkung zu der Entscheidung des BGH v. 7.6.1956, JZ 1957, 229
Schmidt, Eberhard	Der Arzt im Strafrecht Leipzig 1939 (zitiert: Der Arzt im Strafrecht)
Schmidt, Eberhard	Der Strafprozeß NJW 1969, 1137
Schmidt, Eberhard	Deutsches Strafprozeßrecht Ein Kolleg Göttingen 1967 (zitiert: Strafprozeßrecht (Kolleg))
Schmidt, Eberhard	Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund JZ 1958, 596
Schmidt, Eberhard	Gehört der Sachverständige auf die Richterbank? JZ 1961, 585

- Schmidt, Eberhard Kritische Bemerkungen zu dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 8.12.1958, betreffend das Untersuchungsverweigerungsrecht nach § 81 c StPO, JR 1959, 369
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I, 2. völlig durchgearb. und erneuerte Auflage, Göttingen 1964 Teil II, Göttingen 1957 Nachträge und Ergänzungen zu Teil II Nachtragsband I, Göttingen 1967 Nachtragsband II, Göttingen 1970 (zitiert: LK)
- Schmidt, Eberhard Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten NJW 1968, 1209
- Schmidt, Eberhard Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts, ZStW 1953, 161
- Schmidt, Eberhard Vorschläge zur Beschleunigung und Straffung des Strafverfahrens DRiZ 1971, 77
- Schmidt, Eberhard Zur Frage der Ennarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis SJZ 1949, 449
- Schmidt, Eberhard Zur Frage nach der Notwendigkeit von Veränderungen der Hauptverhandlungsstruktur, MDR 1967, 877
- Schmidt, Eberhard Zur Lehre von den strafprozessuellen Zwangsmaßnahmen, NJW 1962, 664
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 3. Auflage Neuwied, Berlin 1973
- Schmidt-Leichner, Erich Anmerkung zu den Entscheidungen des BGH v. 5.4.1966 und 22.6.1966 NJW 1966, 1718
- Schmidt-Leichner, Erich Das neue Recht im Strafverfahren NJW 1965, 1309
- Schmitz, Wilhelm Der Arzt im Strafprozeß Stuttgart 1933
- Schneider, Egon Beweis und Beweiswürdigung 3., vollständig überarb. und erweiterte Auflage, München 1978

- Schnetz, Heinz Das Kind als klassischer Zeuge bei Sexualdelikten
Darmstadt, Nürnberg, Düsseldorf, Berlin 1961
- Schönke, Adolf Grenzen des Sachverständigenbeweises
DRZ 1949, 203
- Schönke, Adolf
Schröder, Horst Strafgesetzbuch
Kommentar
20. neubearb. Auflage
München 1980
- Schorn, Hubert Der gerichtliche Sachverständige und die richterliche Urteilsfindung im Strafverfahren, GA 1965, 299
- Schorn, Hubert Der Laienrichter in der Strafrechtspflege, Münster 1955
(zitiert: Der Laienrichter)
- Schröder, Horst Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 13.7.1962, JZ 1963, 412
- Schröder, Horst Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform
Referat vor dem 43. DJT
in: Verhandlungen des 43. DJT
Band II, Tübingen 1962
(zitiert: Verhandlungen 43. DJT)
- Schünemann, Bernd Die Belehrungspflicht der §§ 243 IV, 136 n.F. StPO und der BGH
MDR 1969, 101
- Schuster, Dietmar Das Gutachten über die Glaubwürdigkeit von Zeugen im Strafprozeß
Dissertation
München 1966
- Schwalm, Georg Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetze vom 25.6. und 4.7.1969, des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
JZ 1970, 487
- Schwarz, Otto
Kleinknecht, Theodor Strafprozeßordnung
Kommentar
25. neubearb. Auflage
München u. Berlin 1965
28. neubearb. Auflage
München 1969
- Seelmann, Kurt Revision wegen des Unterlassens der Belehrung über das Recht zur Aussageverweigerung - BGHSt 25, 325
JuS 1976, 157

- Seibert, Claus Beweisanträge (Zeugen und Sachverständige) im Strafverfahren
NJW 1962, 135
- Siegert, Karl Die außergerichtliche Tonbandaufnahme
in ihrer Verwertung im Zivilprozeß
NJW 1957, 689
- Siegert, Karl Zur Tragweite des § 136 a StPO
DRiZ 1953, 98
- Sieverts, Rudolf Fachpsychologische Aufgaben innerhalb
einer modernen Strafrechtspflege
in: Gerichtliche Psychologie
Neuwied, Berlin 1962
- Simader, Walter Die Ablehnung von Beweisanträgen in
der Hauptverhandlung
Leipzig 1933
- Spendel, Günter Wahrheitsfindung im Strafprozeß
JuS 1964, 465
- von Stackelberg, Curt Freiherr Die Besetzungsrüge in der strafrechtlichen
Revision
in: Festschrift für Schmidt-Leichner
München 1977
- Stenglein, Melchior Lehrbuch des deutschen Strafprozeß-
rechtes, Stuttgart 1887
- Stern, William Beiträge zur Psychologie der Aussage
Leipzig 1903
- Stier-Somlo, Fritz
Elster, Alexander Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
5. Band
Berlin und Leipzig 1928
6. Band
Berlin und Leipzig 1929
- Stree, Walter Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen
Strafgesetzbuch, JuS 1973, 461
- Stree, Walter Schweigen des Beschuldigten im Straf-
verfahren, JZ 1966, 593
- Tiedemann, Klaus Zum Fortgang des Streitens um die
Zulassung von V-Leuten im Strafprozeß
MDR 1965, 870
- Tröndle, Herbert Der Sachverständigenbeweis
JZ 1969, 374
- Ullmann, Emmanuel Lehrbuch des Deutschen Strafprozeß-
rechts, München 1893

- Undeutsch, Udo Die Entwicklung der gerichtspsychologischen Gutachterstätigkeit
Göttingen 1954
(zitiert: Entwicklung)
- Undeutsch, Udo Zur Problematik der psychologischen Sachverständigen
in: Festschrift für Richard Lange
Berlin, New York 1976
(zitiert: Festschrift)
- Varrentrapp, Eberhard Die Stellung der gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1969, 351
- Walder, Hans Die Vernehmung des Beschuldigten
Hamburg 1965
- Weimann, Arno Probleme des medizinischen Sachverständigen im Strafprozeß
JR 1951, 198
- Weitnauer, Hermann Grenzen des Persönlichkeitsschutzes
NJW 1961, 107
- Wellmann, Carl Richard Der Sachverständige in der Praxis
3., neubearb. und erweiterte Auflage
Düsseldorf 1974
- Welp, Jürgen Die Geheimsphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen
in: Festschrift für Wilhelm Gallas
Berlin, New York 1973
(zitiert: Festschrift)
- Welp, Jürgen Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft
in: Recht und Staat 1976 (Heft 457/458), Tübingen 1976
(zitiert: Recht und Staat)
- Wessels, Johannes Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß
JuS 1969, 1
- Wessels, Johannes Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, 169
- Wolff, Julius Verwaltungsrecht I
Ein Studienbuch
9. neubearb. Auflage, München 1974
Verwaltungsrecht II
Ein Studienbuch
4. völlig neubearb. Auflage,
München 1978
- Bachof, Otto

- Wüst, Herbert Richter und psychologischer Sachver-
ständiger im Strafprozeß
Dissertation
München 1968
- Zachariae, Heinrich
 Albert Grundlinien des gemeinen deutschen
Criminal-Processes
Göttingen 1837
(zitiert: Grundlinien)
- Zachariae, Heinrich
 Albert Handbuch des deutschen Strafprocesses
2. Band
Göttingen 1868
(zitiert: Handbuch)
- Zimmerl, Leopold Sachverständige Laienrichter?
Tübingen 1934

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Art.	Artikel
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landgericht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
DAR	Deutsches Autorecht
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	bis 1935: Deutsche Richterzeitung ab 1935: Deutsche Rechtszeitschrift
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
FN	Fußnote
GA	Goldtdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GSS	Großer Senat in Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMB1.	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LK	Lehrkommentar

LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMW	Münchner Medizinische Wochenschrift
MRK	Menschenrechtskonvention
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 19.12.1964
StPO	Strafprozeßordnung
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	vom
Vorb.	Vorbemerkung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

A. Allgemeine Bedeutung des Sachverständigen-Beweises

I. Anwachsen der Spezialisierung auf allen Gebieten

"Ihre Anzahl ist Legion und noch im Wachsen, ihre fachliche Herkunft sehr verschieden." So glossiert Bindokat¹⁾ das Sachverständigen-Problem, dem sich die forensische Praxis heute gegenübergestellt sieht. Schnetz²⁾ spricht von der "Inflation der Sachverständigen" im Gerichtssaal. Blau³⁾ sieht darin die "forensische Erscheinungsform eines Zeitsymptoms." Danach ist das Spezialistentum aus unserer Zeit nicht mehr wegzudenken, "eine rückläufige Entwicklung ist angesichts unserer heutigen hoch differenzierten und immer unübersichtlicher werdenden Zivilisation nicht zu erwarten."⁴⁾ Im Gegenteil: es entwickeln sich immer neue Fachgebiete oder splintern neue Teilgebiete von alten Wissenschaften ab. Dies erfordert in zunehmendem Maße ein Detailwissen, welches vor nicht allzulanger Zeit kaum glaubhaft erschien. "Der Fachmann ist der Mann unserer Zeit, der immer mehr von immer weniger weiß."⁵⁾ Und diese Entwicklung ist sicherlich noch keineswegs abgeschlossen.⁶⁾

II. Gestiegenes Bedürfnis nach psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen

Sie hat ihre Konkretisierung unter anderem in einem wissenschaftlichen Bereich gefunden,

1) Bindokat, JZ 1954, 399

2) Schnetz, 145

3) Blau, Der psych. Sachverständige, 344

4) Blau a.a.O.

5) Friederichs, JZ 1974, 257

6) so auch Friederichs a.a.O.

der mehr und mehr Einfluß auf den Ablauf und Ausgang der Strafprozesse zu nehmen begonnen hat; im Bereich der Psychologie und der Psychiatrie, die allerdings als Sparte klassischer Medizin schon vorher im Gerichtssaal vertreten war.

1. Wissenschaftliche Neuerkenntnisse

Seit W. Stern im Jahre 1903 auf seine grundsätzliche Forderung nach Zuziehung auch psychologischer Sachverständiger erstmalig selbst zugezogen wurde, nahm die forensische Tätigkeit der Psychologen einen unaufhaltsamen Aufstieg.¹⁾ "Der alte Gerichtsarzt und der schlichte Psychiater treten in den Hintergrund. Dafür halten der Deuter des Rohrschachtestes und der Freud'schen Traumsymbole... Einzug in den Gerichtssaal." So noch einmal Bindokat in seiner bereits zitierten Glosse.²⁾

Angesichts dieser Entwicklung kann es niemanden verwundern, wenn der Richter, um seinem gesetzlichen Auftrag nachkommen zu können, in immer größerem Ausmaß des Sachverständigen bedarf.³⁾ Nach Ansicht von Krauß scheint sogar "eine Ablösung des vom Richter beherrschten Strafverfahrens durch einen vom Sachverständigen mitverantwortlich gestalteten Strafprozeß möglich und naheliegend."⁴⁾

Diese Befürchtung mag überspitzt formuliert sein; sie wirft aber ein bezeichnendes Licht auf

1) Stern, 4 ff.; "Endlich ertönt in der Kriminalistik laut und lauter der Ruf, daß die Psychologie des Verbrechers- und neuerdings auch die des Zeugen- unumgängliche Vorbedingung für die zeitgemäße Umgestaltung des Strafrechts und des Strafprozesses seien." (S. 5)

2) Bindokat a.a.O.

3) Undeutsch, Festschrift, 703 (711)

4) Krauß, ZStW 1973, 320

^{aA}: Bockelmann, Gedächtnisschrift für Radbruch, 252 (253)

die Entwicklung. Begriffe, die früher in diesem Zusammenhang keine Bedeutung hatten oder die zu durchdringen der Richter sich ohne Bedenken zutrauen durfte, "gehören heute zu dem vor Gericht erläuterungsbedürftigen Phänomen."¹⁾ Man ist in der Tat versucht, von einer "Psychologisierung des Strafverfahrens"²⁾ zu sprechen.

Dies ist, wie Blau³⁾ zutreffend feststellt, einmal auf tiefgreifende, das Verständnis dafür komplizierende soziologische Veränderungen zurückzuführen, zum anderen auf die oben bereits angeführten wissenschaftlichen Fortschritte im psychologisch-psychiatrischen Bereich. Genauere Forschungen über die Hintergründe dieser Entwicklung sind in erster Linie Sache der Psychologen selbst und der Sozialforscher. Auch der Nichtfachmann darf aber wohl die Aussage wagen, daß sich in dieser Entwicklung jedenfalls die Not unserer Zeit spiegelt, den Mitmenschen häufig nicht mehr unmittelbar verstehen zu können.⁴⁾ Wollen die Gerichte sich diesen Entwicklungen nicht verschließen, so bleibt oft nur der Rückgriff auf den Sachverständigen.⁵⁾

Als weiteren Grund für diese Tendenz nennt Blau⁶⁾ das Bestreben der Gerichte, sich "zum

1) vgl. Blau, Der psych. Sachverständige, 344 auch Bresser, NJW 1958, 248 (249)

2) So Bockelmann, GA 1955, 321 (335)

3) vgl. Blau, Der psych. Sachverständige, 345 ders., GA 1959, 293 (294/295)

4) vgl. Blau, GA 1959, 293 (294)

5) So auch Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (345); der BGH hat zu dieser Entwicklung im Bereich der Glaubwürdigkeitsuntersuchungen durch seine Entscheidung vom 14.12.1954 (= BGHSt 7,82) beigetragen. Er stellt dort fest, daß die dem psychologischen Sachverständigen für die Glaubwürdigkeitsprüfung zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel denen des Gerichts überlegen seien.

6) Blau, GA 1959, 293 (295)

Prinzip der materiellen Wahrheit" hinzuwenden. Dieses Prinzip beinhaltet die Forderung, daß es nicht allein ausreicht, wenn ein Urteil formal einwandfrei, also unter Beachtung aller prozessualen Vorschriften zustandegekommen ist, daß vielmehr versucht werden muß, ein Urteil zu finden, welches "auch materiell der idealen Gerechtigkeit möglichst angenähert ist."¹⁾

Während noch das Reichsgericht²⁾ das entscheidende Gewicht auf die formale Korrektheit des Urteils legte und in diesem Zusammenhang die Ansicht vertrat, "daß ein Mißgriff des Tatrichters infolge angemaßter, tatsächlich aber nicht vorhandener Sachkunde immer ein tatsächlicher, kein rechtlicher Irrtum sei und dem Revisionsgericht gleichgültig bleiben müsse," hat sich die Rechtsprechung seit dem 1. Weltkrieg, insbesondere aber in neuerer Zeit zu der Einstellung durchgerungen, daß der Richter auch verpflichtet sei, ein Höchstmaß an materieller Gerechtigkeit zu erlangen zu suchen. Dies aber kann nur erreichbar sein, wenn sich der Richter - innerhalb der prozessualen Grenzen selbstverständlich - aller ihm zugänglichen und möglichen Erkenntnismittel bedient.³⁾ Zu diesen Erkenntnismitteln muß angesichts der aufgezeigten Entwicklung in zunehmendem Maße der psychologische oder psychiatrische Sachverständige gerechnet werden.

Es soll an dieser Stelle nicht auf die Problematik eingegangen werden, unter welchen Voraussetzungen die Zuziehung eines Sachverständigen erfolgen muß, um einer Revisionsrüge wegen

1) Blau a.a.O.

2) RGSt 25, 326 (Urt. v. 30.4.1894)

3) Blau a.a.O.

Verletzung der Aufklärungspflicht - Verstoß
gegen § 244 Abs. 2 - zu entgehen.¹⁾

2. Tendenzförderung durch Gesetzesnovellierungen

Zu den bereits genannten Gründen der gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Entwicklung sowie des aufgezeigten Wandels innerhalb der Rechtsprechung müssen auch die Tendenzen der neueren Gesetzgebung für das Anwachsen der Sachverständigen-Zuziehung mitverantwortlich gemacht werden.²⁾

Die Neuordnung der Strafen und Maßregeln durch die Strafrechtsreformgesetze vom 25.6. und 4.7.1969³⁾ hat "den Übergang vom Tat- zum Täterstrafrecht besiegelt."⁴⁾ Damit verbunden ist das Erfordernis einer intensiveren Erforschung der Täterpersönlichkeit,⁵⁾ weil nur damit im

-
- 1) vgl. zu dieser Problematik etwa:
BGHSt 7, 82 (Urt. vom 14.12.1954)
Jessnitz, Der Sachverständige, 78 ff.
Amboß-Roehl, NJW 1972, 684
Bockelmann, GA 1955, 321
Blau, Der psych. Sachverständige, 344 ff.
Undeutsch, Festschrift, 703 ff.
Sieverts, 91 ff.
Peters, Lehrbuch, § 43 III
- 2) So auch Langelüddeke-Bresser, 251
Cabanis, Festschrift, 639 (647);
vgl. auch Mayer, Festschrift, 455 (456):
"Dieser Vorgang wird bezüglich des psychiatrischen und des psychologischen Sachverständigen noch dadurch besonders begünstigt, daß Gesetzgebung und Auslegung zu einer fortlaufenden Subjektivierung der Tatbestände neigen."
- 3) in Kraft getreten am 1.9.69, 1.4.70 und 1.10.73
- 4) vgl. Jescheck, JZ 1970, 201 (206)
ebenso Dahs sen., NJW 1970, 1705
Dahs jun., GA 1971, 353
- 5) vgl. Dahs sen., NJW 1970, 1705 (1706)
Peters, Strafprozeß in der Fortentwicklung, 9

Hinblick auf die angestrebte Resozialisierung des Täters und den darauf ausgerichteten Ausspruch der geeigneten Strafe oder Maßregel eine zufriedenstellende Lösung gefunden werden kann.

Das Erfordernis der Persönlichkeitserforschung ergibt sich nicht zuletzt daraus, daß gem. § 46 Abs. 2 StGB für die Strafzumessung unter anderem Beweggründe, Ziele, Gesinnung, Wille des Täters, sein Vorleben und seine persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind; die Milderungsmöglichkeit des § 47 knüpft an besondere Umstände an, die in der Persönlichkeit des Täters liegen; im Rahmen der Rückfallregelung des § 48 StGB kommt es darauf an, ob der Täter sich frühere Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen. Die genannten Umstände sind schließlich auch ausschlaggebend für eine Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 56 StGB. Ebenso haben sie in den §§ 40, 41, 47, 59 StGB ihren Niederschlag gefunden.

Auch die Maßregeln der Sicherung und Besserung stellen auf die Gesamtwürdigung des Täters ab - § 63 StGB, Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus -, seinen Hang, Alkohol oder Rauschmittel zu sich zu nehmen - § 64 StGB, Unterbringung in einer Entziehungsanstalt -, etwaige Persönlichkeitsstörung, Geschlechtstrieb, Gefahr der Entwicklung zum Hangtäter - § 65 StGB, Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt -, schließlich die Nichteignung zum Führen von Kraftfahrzeugen - § 69 StGB, Entziehung der Fahrerlaubnis - sowie wiederum die Gesamtwürdigung des Täters i.R.d. § 70 StGB, Anordnung des Berufsverbotes.

Aus dieser Entwicklung zum Täter¹⁾ oder Persönlichkeitsstrafrecht²⁾ resultiert das Erfordernis für die Gerichte, in immer größerem Maße Sachverständige zuzuziehen, um ihrem gesetzlichen Auftrag gerecht werden zu können; vorrangig sind Psychologen, Psychiater, Psychotherapeuten, Sozialpädagogen und Sexualwissenschaftler aufgerufen.³⁾

Die oben dargestellte Tendenz wirkt sich auch bei der Prüfung der Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit aus. Zwar lassen sich bei dem Vergleich des § 51 a.F. mit § 20 n.F. in der Sache nur wenige Veränderungen feststellen;⁴⁾ neu sind allerdings einige Begriffe, deren sich der Gesetzgeber bedient hat, um die biologischen Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit zu normieren. In diesem Zusammenhang ist es eben bemerkenswert, daß dabei Begriffe Verwendung gefunden haben, deren Nähe zum medizinisch-psychiatrischen und psychologischen Sprachgebrauch sicherlich nicht zufällig sein dürfte.⁵⁾ Dies gilt in besonderem Maße für den Grund der "schweren anderen seelischen Abartigkeiten", durch den sicherlich die Möglichkeit⁶⁾ begründet

1) vgl. FN 4 auf S. 5

2) So Peters a.a.O.

3) So auch Dahs sen., NJW 1970, 1705 (1706)
ähnlich Jescheck, JZ 1970, 201 (206)

4) Schönke-Schröder-Lenckner, § 20, Rdnr. 2
Dreher-Tröndle, § 20, Rdnr. 1
Preisendanz, § 20, Anm. 2
dazu auch Lenckner, Handbuch, Bd. I, 93

5) vgl. Schönke-Schröder a.a.O.
Stree, JuS 1973, 461 (465)
Schwalm, JZ 1970, 487 ff.

6) Schönke-Schröder a.a.O. spricht in diesem Zusammenhang nicht von einer Möglichkeit, sondern von einer Gefahr, die aus dieser Formulierung resultieren könnte.

worden ist, künftig weit mehr als bisher schon Anomalien im psychologisch-psychiatrischen Bereich zur Exkulpation des Täters zu verwenden.¹⁾

Es sollen an dieser Stelle weder Einzelfälle aufgezeigt, noch soll geprüft werden, welche sich unter diese Voraussetzung des § 20 subsumieren liessen.²⁾

Es sollte hier nur dargelegt werden, daß durch die Strafrechtsreformgesetze von 1969 ein Ansatzpunkt für eine breitere und vielfältigere Betätigung des psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen gegeben ist.³⁾

III. Ausblick auf künftige Entwicklung

Die genannten (drei) Gründe haben also in erster Linie dazu geführt, daß die eingangs betonte Vermehrung der Sachverständigen im Gerichtssaal eingetreten und eine weitere künftig noch zu erwarten ist. Der Sachverständige dringt dabei auch immer mehr in Bereiche ein, die bislang als eine ureigene Domäne richterlicher Tätigkeit galten: die Gebiete der Glaubwürdigkeitsbeurteilungen von Zeugen und Beschuldigten, der Untersuchung der Zurechnungsfähigkeit sowie der allgemeinen Begutachtung der Täterpersönlichkeit.⁴⁾ Es liegt auf der Hand, daß im Zusammenhang mit diesen Entwicklungen Probleme emergieren, die bei Schaffung der StPO unbekannt waren, die aber unter den heutigen veränderten Umständen einer Lösung bedürfen.

1) So auch Schönke-Schröder-Lenckner a.a.O.

2) Nähere Ausführungen zu dieser Problematik siehe bei Krafft, 62 ff.

3) So auch Schwalm, JZ 1970, 487 (494/495)

4) So hat der BGH beispielsweise in seiner Entscheidung vom 14.12.54 (BGHSt 7,82) bei der Beurteilung von Kinderaussagen nahezu grundsätzlich die Zuziehung eines Sachverständigen gefordert; vgl. dazu auch FN 1) auf S. 5

"Rolle und Funktion des Sachverständigen, wie sie die Praxis gegenwärtig festlegt, drohen das von der StPO gefügte Verfahren zu sprengen."¹⁾ Diese These stellt Krauß in den Raum und begründet sie damit, daß das von der StPO konzipierte Verfahren die ihm zugewiesenen Aufgaben nicht mehr bewältigen könne, da diese eine im Gesetz nicht vorgesehene Tätigkeit des Sachverständigen erforderlich mache. Krauß folgert daraus: "Eine entsprechende Neubildung der Verfahrensordnung ist daher unausweichlich."²⁾ Bindokat beklagt, daß der Staat dieser Entwicklung weitgehend tatenlos gegenüberstehe. "Sie läßt sich ja bequem mit der unabänderlichen Differenzierung und Spezialisierung erklären und abtun."³⁾ Dazu muß zunächst angemerkt werden, daß eine solche Entwicklung sich kaum wird retardieren lassen, was zumindest im Interesse eines gesunden Fortschrittes auch nicht der Fall sein sollte. Es wäre töricht, wollte allein der Jurist sich Fortschritten verschließen, die auf anderen Gebieten der Wissenschaft freudig

-
- 1) Krauß, ZStW 1973, 320
ebenso Roesen, NJW 1964, 442
auch Undeutsch, Festschrift, 703 (719)
 - 2) Undeutsch, a.a.O., stellt fest, daß nur der "sogenannte objektive Personalbeweis" in der StPO geregelt worden sei; als Beispiele dafür nennt er die §§ 81, 81a, c, 264a StPO, 73 JGG. "Der subjektive Personalbeweis ist hingegen ganz unzulänglich geregelt." Undeutsch meint damit offensichtlich den Beweis, der auf die aktive Mithilfe der Beweisperson angewiesen ist, da er den objektiven Personalbeweis dadurch kennzeichnet, daß "der betroffene Mensch nur mehr oder minder passives Beweismittel ist."
 - 3) Bindokat, JZ 1954, 399

begrüßt werden. Zu beklagen wäre allerdings, wenn "man sich keine weiteren Gedanken über künftige Konsequenzen machte."¹⁾

Dabei liegt die Besonderheit noch darin, daß die Hilfe, die der Sachverständige dem Richter zu geben vermag, im allgemeinen durchaus akzeptiert wird.²⁾ Nur in Bezug auf den psychologischen bzw. psychiatrischen Sachverständigen scheinen andere Maßstäbe zu gelten, hier ist das Verhältnis zu den Justizorganen, insbesondere zum Richter "in mancherlei Hinsicht problematisch",³⁾ was nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein dürfte, daß sich bei keiner anderen Sachverständigen-Gruppe derartige Überschneidungen mit der Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane ergeben. Ferner wohl auch darauf, daß diese Wissenschaften für den in anderen Kategorien zu denken geschulften Juristen als wenig greifbar und beinahe jeglicher Überprüfbarkeit sich entziehend Argwohn erwecken.

Das daraus resultierende grundsätzliche Spannungsfeld zwischen Juristen und Sachverständigen näher zu beleuchten, soll nicht Gegenstand dieser Arbeit sein. Vielmehr soll versucht werden, prozessuale Schwierigkeiten, die sich aus der Tätigkeit dieser Gruppe von Sachverständigen ergeben und dafür denkbare Lösungen aufzuzeigen. "Sache des Prozessualisten ist es bei dieser Sachlage, diese mächtige und offenbar unaufhaltsame Entwicklung nach Maßgabe unserer StPO (sowie des Grundgesetzes und des GVG) im rechtsstaatlichen Sinne zu kanalisieren,

1) Bindokat a.a.O.

2) So Undeutsch, Festschrift, 703

3) Undeutsch a.a.O.

d.h. in Bahnen zu lenken, innerhalb derer die Rechte des freien Bürgers, sei er Angeklagter oder Zeuge, nicht beeinträchtigt werden." ¹⁾ Der einzelne Bürger darf keine Nachteile dadurch erfahren, daß sich die Justizorgane in gewissen Fragen der Hilfe Dritter bedienen müssen. Deren Zuziehung darf nicht nur unter dem Aspekt der die Allgemeinheit interessierenden Wahrheitsfindung sowie der bestmöglichen Erfüllung der dem Richter obliegenden gesetzlichen Verpflichtungen gesehen werden, sondern muß ebenso unter dem Aspekt des Anspruchs des einzelnen Bürgers - als Zeuge oder Beschuldigter - auf ein justizförmiges Verfahren betrachtet werden. Das Anwachsen der Bedeutung des Sachverständigenbeweises darf nicht Hand in Hand gehen mit einer Diminuiierung der dem Bürger zustehenden Rechte. ²⁾

Diese Forderung realisieren zu können, macht eine Überprüfung der geltenden prozessualen Bestimmungen im Hinblick auf die derart geänderte Situation erforderlich und führt zu den Fragen, ob die geltenden Bestimmungen ausreichen, um der Probleme Herr zu werden, ob sie eine andere, noch von dem geltenden Recht getragene Auslegung erfahren können oder müssen oder ob Reformen erstrebenswert, nötig und erfolgversprechend sind.

Nur wenn diese Fragen sich zur Zufriedenheit beantworten lassen, kann erreicht werden, daß nicht nur kein Schaden für das Beweismittel "Sachverständiger" erwächst, daß im Gegenteil der zitierte wissenschaftliche Fortschritt

1) Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (346)

2) Ähnlich auch Langelüddeke-Bresser, 257

genutzt werden kann, um die strafgerichtlichen Urteile auf eine breitere, dem Streben nach einem Höchstmaß an Gerechtigkeit dienende Grundlage zu stellen.

Es dürfte nicht ganz übertrieben sein, die Problematik des Sachverständigen als eines "der schwierigsten Teilgebiete des Strafverfahrensrechts, das weder durch das geltende Recht noch durch dessen praktische Handhabung zufriedenstellend gelöst ist"¹⁾, zu bezeichnen. Fraglich ist indes, ob nicht doch eine Lösung zumindest der in dieser Arbeit zu untersuchenden Probleme des Sachverständigenbeweises auf dem Boden des geltenden Prozeßrechts möglich ist.

B. Begriff und Funktion des Sachverständigen

I. Begriffsbestimmung

Um an die in dieser Arbeit zu erörternden Probleme heranzuführen, erscheint es opportun, vom Begriff des Sachverständigen auszugehen.

Eine Legaldefinition für den Sachverständigen findet sich in unseren Prozeßordnungen nicht. Sie scheint indes auch entbehrlich, denn der Begriff des Sachverständigen erfährt hinsichtlich seiner prozessualen Bedeutung keine andere Auslegung als im normalen Sprachgebrauch. Sachverständige sind Personen, die sich auf einem bestimmten Spezialgebiet - sei es der Geistes- oder Naturwissenschaften, der Wirtschaft, Technik oder anderer Bereiche - durch besondere Sachkunde auszeichnen und die daher geeignet sind zur Beantwortung von Fragen, die auf dem jeweiligen Spezialgebiet auftauchen.

1) Karpinski, NJW 1968, 1173

Auf die Stellung im Strafprozeß übertragen bedeutet dies, daß strafgesetzlicher Sachverständige derjenige ist, der haupt- oder nebenberuflich sich damit befaßt, auf Grund seiner besonderen Sachkenntnisse Gutachten zu erstellen, die dem Gericht bei der Erforschung der Wahrheit helfen sollen.¹⁾

II. Beweismittel im Strafprozeß

1. Beweismittel des Strengbeweises

Der Sachverständige ist den prozessualen Beweismitteln des Strengbeweises zuzuordnen, der für alle Umstände gilt, die die Schuld- oder Straffrage betreffen.²⁾ Die früher teilweise aufgeworfene Frage, ob der Sachverständige überhaupt ein eigenständiges Beweismittel darstelle, ist heute überholt. Die für den Sachverständigenbeweis geltenden gesetzlichen Vorschriften sind in den §§ 72 ff. normiert. Danach finden auf den Sachverständigen grundsätzlich die für den Zeugenbeweis geltenden Vorschriften Anwendung, sofern nicht in den §§ 73 ff. abweichende Regelungen enthalten sind.³⁾

1) vgl. etwa BGHSt 21, 62 (Urt.v. 23.2.1966)
Jessnitzer, Der Sachverständige, 1
KMR, Vorbem. § 72, Rdnr. 1b

2) vgl. Jessnitzer, a.a.O., 13
Henkel, § 90 II (S. 339)

3) In der Fassung des § 72, der grundsätzlich die Vorschriften über den Zeugenbeweis für anwendbar erklärt, soweit nicht die §§ 73 ff. abweichende Regelungen treffen sollten, ist zu bemängeln, daß damit eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses suggeriert wird. Während nämlich nach dieser Formulierung die entsprechenden Regelungen grundsätzlich den Zeugenvorschriften entnommen zu werden scheinen, ist es in Wirklichkeit gerade umgekehrt: die abweichenden Bestimmungen der §§ 73 ff. sind als gesetzliche Grundlage der Regelfall (vgl. dazu Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zum 7.Abschnitt, Rdnr. 2 m.w.N.; v.Kries, 383; v.Hippel, 410)

Grundsätzlich stehen die fünf Beweismittel des Strengbeweises¹⁾ gleichrangig nebeneinander. Dies folgt schon aus ihrer Funktion, jeweils auf ihre Weise zur Erfassung der Wahrheit gemäß § 244 Abs. 2 beizutragen.

Dies hindert indes nicht, im Einzelfall Unterschiede hinsichtlich des Beweiswertes zu machen, etwa zwischen dem Sach- und dem Personalbeweis²⁾, der infolge der Abhängigkeit von menschlichen Unzulänglichkeiten unter Umständen eher Zweifel aufkommen lassen wird. Letztlich sind diese Überlegungen Gegenstand der richterlichen Beweiswürdigung.³⁾

Im Grundsatz muß allerdings davon ausgegangen werden, daß das Gesetz keinem Beweismittel einen Vorrang einräumt.

2. Besondere Bedeutung im Vergleich mit anderen Beweismitteln

Wenn dennoch dem Sachverständigen in der Regel eine höhere Wertschätzung als anderen Beweismitteln zuteil wird⁴⁾, so kann dies verschiedene Gründe haben.

Vorab scheint es erforderlich, kurz die Aufgaben aufzuzeigen, mit denen der Sachverständige im Strafprozeß betraut wird. Üblicherweise werden drei Komplexe unterschieden.⁵⁾

1) Neben dem Sachverständigen noch Einlassung und Geständnis des Angeklagten, Zeugen, Augenschein und Urkunden (vgl. dazu z.B. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244, Rdnr. 5 ff m.w.N.)

2) zur Unterscheidung vgl. etwa Peters, Lehrbuch, § 40 I (S. 272/273); Henkel, § 57 (S. 223); Panhuysen, 29

3) vgl. dazu Henkel, § 91 (S. 348)
Kern-Roxin, § 15 C (S. 67)

4) So z.B. Kube, Kriminologische Schriftenreihe Bd. 13 (1964), 141; Döhring, Die Erforschung, 257 ff.; Schneider, Egon, 257/258

5) vgl. z.B. Jessnitzer, Der Sachverständige, 1
Kern-Roxin, § 27 A II (S. 135/136)
Müller, 268/269
Kleinknecht, vor § 72, Rdn. 2
KMR, Vorbem. § 72, Rdnr. 16

Einmal kann die Arbeit des Sachverständigen darin bestehen, dem Gericht die für sein Fachgebiet geltenden allgemeinen Erfahrungssätze mitzuteilen. Zum anderen kann der gerichtliche Auftrag dahin gehen, daß der Sachverständige aufgrund seiner Sachkunde bestimmte Tatsachen zu würdigen hat. Schließlich kann das Gericht dem Sachverständigen aufgeben, Tatsachen überhaupt erst mit Hilfe seiner Spezialkenntnisse festzustellen.

In jedem Fall bedient der Sachverständige sich seiner besonderen Sachkunde, um den ihm übertragenen Auftrag erfüllen zu können. Aufgrund dieser Sachkunde wird er dem Richter auf seinem Spezialgebiet im Regelfall überlegen sein.

a) Anschein richterlicher Abhängigkeit

Eine Besonderheit gegenüber den anderen Beweismitteln, insbesondere dem Zeugen, besteht nun darin, daß der Sachverständige, gleichgültig welche der genannten Aufgaben er wahrnimmt, stets eine Tätigkeit ausübt, die eigentlich vom Richter ausgeführt werden müßte, würde dieser über die dafür erforderliche Sachkunde verfügen.¹⁾ Bruns formuliert dies mit Recht so: "Allein der Sachverständige wird dort tätig, wo der Richter, wäre er im Fach besser zu Hause, selbst judizieren könnte."²⁾

Fraglich ist indes, ob sich bereits auf diesen Gesichtspunkt die angedeutete höhere Wertschätzung stützen läßt. Diese Besonderheit des Sachverständigenbeweises hat - wie bereits erwähnt - im Gesetz keinen Niederschlag gefunden,

1) So etwa Pieper, ZZP 1971, 1 (30)
Bruns, JZ 1964, 542 (545)
Lent, ZZP 1936/37, 9 (20)
Schröder, JZ 1963, 412

2) So Bruns, a.a.O.
Pieper, a.a.O., verweist in diesem Zusammenhang darauf, daß der Sachverständige deshalb aus denselben Gründen abgelehnt werden könne wie der Richter

insbesondere auch dort nicht, wo es um die Verantwortung für das Urteil geht. Nach der Konzeption unseres geltenden Rechts- vgl. Art. 92, 97, 98 GG; § 25 DRiG; § 1 GVG - trifft die Verantwortung für das Urteil allein den unabhängigen Richter. Dies hat die Rechtsprechung in vielen Entscheidungen immer wieder bestätigt.¹⁾

b) Klassifizierung als "Richtergehilfe"

Maßgebliche Stimmen in der Literatur indes sehen diese gesetzlich vorgesehene Stellung des Richters durch den Sachverständigen gefährdet.²⁾ Der Meinungsstreit entzündet sich dabei weitgehend an der Einstufung des Sachverständigen als "Richtergehilfe", der in Rechtsprechung³⁾ und Literatur⁴⁾ überwiegend Verwendung findet; einem Begriff, der mit anderen Beweismitteln, die doch - dem Willen des Gesetzgebers zufolge -

1) So z.B. BGHSt 7, 238 (Urt. v. 8.3.1955);
BGH NJW 1955, 1642 (Urt. v. 26.4.1955);
BGH JZ 1955, 456 (Urt. v. 8.3.1955)

2) vgl. u.a. Schorn, GA 1965, 299
Wüst, 13/14
Schmidhäuser, ZJP 1959, 365
Blomeyer, ZRP 1970, 153
Mayer, Festschrift, 455

3) vgl. etwa RGSt 52, 161 (Urt.v.2.3.1918); RGSt 57, 158 (Urt.v.1.12.1922); RGSt 69, 97 (98) (Urt.v.29.1.1935); BGHSt 3, 27 (Urt.v.24.6.1952); BGHSt 7, 238 (239) (Urt.v.8.3.1955); BGHSt 8, 113 (Urt.v.26.4.1955); BGHSt 9, 292/293 (Urt.v. 7.6.1956); BGHSt 11, 211 (Urt.v. 4.3.1958); BGHSt 13, 1 (4) (Urt.v. 13.2.1959); BGH JZ 1955, 456 (Urt. v.8.3.1955)

4) So u.a. Schmetz, 139; Kube, a.a.O., 155; Leferenz, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5(1962), 1; Mezger, AcP, Beilage zu Bd. 117(1918), 1 (23); Mayer, Festschrift, 463; Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (354); ders. ZStW 1966, 153 (166); Schmitz, 18; Deitigsmann, JZ 1953, 494 (498); Stier-Somlo-Elster, 234; Haddenbrock, ZStW 1963, 460(461); Pieper, ZJP 1971, 1 (31/32), der allerdings an anderer Stelle, S.40, den Sachverständigen als "fachkundigen Berater" einstuft; Schönke, DRZ 1949, 203; offenlassend Alsberg-Nüse, 246/247

gleichermaßen dem Gericht bei der Wahrheitsfindung helfen sollen, nicht assoziiert wird.¹⁾ Diese Bezeichnung bedarf schon deshalb einer genaueren Betrachtung, weil sich im Verlauf der Arbeit bei einzelnen Problemen die Frage stellt, welchen Einfluß die aus der Bezeichnung "Richtergehilfe" - so sie zu Recht erfolgt - zu ziehende rechtliche Bewertung der Sachverständigenstellung auf diese Probleme haben könnte bzw. müßte; als Beispiel seien hier nur genannt: die Fragen, ob der Sachverständige als Richtergehilfe Adressat der StPO sein und als solcher Vernehmungen durchführen kann und ob ihn in dieser Funktion eine Belehrungspflicht trifft. So naheliegend die Bezeichnung als Richtergehilfe angesichts der oben dargelegten, "quasirichterlichen" Aufgaben des Sachverständigen auch erscheinen mag, so umstritten ist sie andererseits.

aa) Entstehung dieser Bezeichnung

Vor Erörterung der gegensätzlichen Argumente soll zum besseren Verständnis zunächst in einem kurzen Abriß der rechtshistorische Ursprung dieser Bezeichnung dokumentiert werden.

Der "Richtergehilfe" ist auf die historische Verbindung von Sachverständigen- und Augenscheinsbeweis zurückzuführen. Diese hat ihren Ursprung in der Unsicherheit der Doktrin des 19. Jahrhunderts bezüglich der prozessualen Einordnung des Sachverständigenbeweises.²⁾

1) vgl. Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 24

2) vgl. Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zum 7. Abschnitt, Rdnr. 1, sowie - darauf Bezug nehmend - Panhuysen, 24/25; Zachariae, Handbuch 2. Bd., 424 ff. m.w.N. auf die ältere Literatur; zum historischen Hintergrund auch Geyer, 490.

Diese Unsicherheit hat sich auch noch auf die Abfassung der StPO ausgewirkt¹⁾, dergestalt, daß im 7. Abschnitt die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis und den Augenscheinsbeweis zusammengefaßt worden sind. Die Verbindung ist darauf zurückzuführen, daß der Sachverständige sich aus der richterlichen Augenscheinnahme bei Verdacht einer strafrechtlich zu würdigenden Tötung entwickelt hat.²⁾ In diesen Fällen mußte durch den Richter ein Arzt zugezogen werden. Die entsprechende Regelung findet sich in § 87 StPO, wonach die richterliche Leichenschau unter Zuziehung eines Arztes vorzunehmen ist, bzw. die Leichenöffnung im Beisein des Richters durch zwei Ärzte. Aus dieser Funktion eines richterlichen "Augenscheinsgehilfen"³⁾ hat sich die Bezeichnung "Richtergehilfe" entwickelt⁴⁾, die noch heute von der überwiegenden Meinung verwendet wird.⁵⁾

Ein Sachverständigenbeweis, der über die Funktion bei der Leichenschau hinausgeht und die heutige, eingangs signifizierte Sachverständigenexplosion - im nachhinein betrachtet - andeutet, findet sich dann erstmals in der josephinischen Kriminalgerichtsordnung von 1788, in deren § 27 bei Erfordernis besonderen Kunstsachverständes die Zuziehung eines Kunstkenners gefordert wurde.⁶⁾

1) dazu v. Hippel, 410 ff.

2) vgl. Geyer a.a.O.

3) vgl. Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zum 7. Abschnitt, Rdnr. 1

4) Eb. Schmidt a.a.O.

5) vgl. FN 3) und 4) auf Seite 16
aa aber Geerds, Archiv für Kriminologie,
Bd. 137 (1966), 61 (70) m.w.N.; ähnlich
Schmidhäuser, ZZP 1959, 365 (378); und
Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 79 I (S. 393),
FN 3)

6) dazu Geyer, 490

Eine genauere Regelung der Sachverständigen-tätigkeit findet sich erstmalig in den öster-reichischen und preußischen Kriminalordnungen Anfang des 19. Jahrhunderts.¹⁾

Ausgangspunkt aber war - wie oben bereits erwähnt - der Augenscheinsgehilfe bei der Leichenschau, der über den "Richtergehilfen" bis in die heutige Rechtsprechung und Literatur nachwirkt.

bb) Heutiger Meinungsstand

Diese Einordnung als Richtergehilfe wird heute mit den unterschiedlichsten Begründungen einer-seits verteidigt, andererseits wird mit gegen-teiligen Argumenten dagegen opponiert.

H. Mayer etwa verteidigt den Begriff damit, daß der Sachverständige der richterlichen Beweis-würdigung vorarbeite.²⁾

Mezger sieht das entscheidende Argument darin, daß der Sachverständige nicht nur auf dem Gebiet der Tatsachenerkenntnis, sondern auch auf dem der Tatsachenfeststellung und damit letztlich der Rechtsfindung tätig werde.³⁾

Haddenbrock sieht die Gehilfentätigkeit speziell des psychiatrischen Sachverständigen darin, daß dieser dem Richter Hilfestellung gebe bei der "Konkretisierung des strafrechtlichen Grundge-dankens."⁴⁾

Die meisten Befürworter des Gehilfenbegriffs lassen eine nähere Begründung vermissen, begnü-gen sich vielmehr mit dessen Suszeption, ohne darzulegen, worin die Gehilfenschaft letztlich bestehen soll.

1) vgl. Geyer a.a.O.

2) Mayer, Festschrift, 463

3) Mezger, AcP, Beilage zu Bd. 117, 23, 83/84

4) Haddenbrock, ZStW 1963, 460 (461)

Mit Einschränkungen will Eb. Schmidt¹⁾ die Einstufung als Richtergehilfe gelten lassen, nämlich nur in Bezug auf den richterlichen Auftrag. Dieser unterscheide den Sachverständigen vom Zeugen, während ansonsten beider Bemühung um die Wahrheitsfindung gleich zu bewerten und deshalb darin kein Argument zu sehen sei, den Sachverständigen im Unterschied zum Zeugen als Richtergehilfen einzustufen.²⁾ Die Bezeichnung ohne Bezugnahme zum richterlichen Auftrag lehnt Schmidt als "unverständlich" und "nichtssagend" ab.³⁾

Andere Vertreter der Literatur wollen den Begriff des "Gehilfen" nicht verwendet wissen, deklarieren den Sachverständigen als "Berater" des Richters. So Bremer⁴⁾, der allerdings expressis verbis keine Begründung gibt. Man wird indes aus seiner Formulierung "Der Sachverständige ist Berater des Richters, der gleichen Rang wie andere Beweismittel hat"⁵⁾ schließen müssen, daß er zwischen Gehilfen und Berater ein Stufenverhältnis erkennt, welches er eben für den Sachverständigen im Verhältnis zu den anderen Beweismitteln nicht gelten lassen will. Gerade dies aber sieht Pieper⁶⁾ als gegeben an. Er ist der Ansicht, die Tätigkeit des prozessualen Sachverständigen vollziehe sich "auf einer

1) Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zum 7. Abschnitt, Rdnr. 16

2) Mit dieser Argumentation wenden sich vor allem auch Schmidhäuser, ZZP 1959, 365 (378) und Blomeyer a.a.O. gegen den "Richtergehilfen"

3) so Eb. Schmidt a.a.O.; ebenso Wüst, 14

4) Bremer, 21

5) Bremer a.a.O.

6) Pieper, ZZP 1971, 1 (31/32), der die Problematik allerdings im Hinblick auf den Zivilprozeß erörtert

anderen Ebene" und sei von der des Zeugen "grundlegend" unterschiedlich, da nur der Sachverständige "richterliche Funktionen ausübt und innerhalb der Kompetenz des Richters tätig wird."¹⁾

Pieper klammert sich allerdings nicht an den Gehilfen-Begriff, propagiert vielmehr eine Einstufung als "fachkundiger Berater" des Richters.²⁾ Damit hat er sich letztlich der Meinung Bremers³⁾ angeschlossen, deren Argumentation für diesen Begriff er indes zu kontestieren sucht.

Gerade an diesem Beispiel zeigt sich die recht offenkundige Fragwürdigkeit solch verbaler Kontroversen. Nicht die Bezeichnung der Tätigkeit ist entscheidend, sondern das Verständnis, das der Rolle des Sachverständigen entgegengebracht wird, wobei allerdings die Bedeutung einer Bezeichnung als Quelle möglicher Fehlinterpretationen nicht hoch genug eingeschätzt werden kann, wie künftige Erörterungen noch zeigen werden.

Darauf weist sehr nachdrücklich Schorn⁴⁾ hin, der Bedenken bezüglich eines immer mehr wachsenden Einflusses des psychologischen Sachverständigen für die Urteilsfindung geltend macht und einen Grund für die "vielfach emanzipierte Stellung des Sachverständigen"⁵⁾ darin sieht, "daß die Rechtsprechung den Sachverständigen als "Richtergehilfen" bezeichnet und ihn damit als Prozeßsubjekt, als eine an der Rechtsprechung

1) so Pieper a.a.O.

2) Pieper a.a.O., 40

3) vgl. FN 4), 5) auf Seite 20

4) Schorn, GA 1965, 299

5) Schorn a.a.O.

unmittelbar beteiligte Person ansieht"¹⁾ und der es deshalb nicht für verwunderlich hält, daß Kompetenzüberschreitungen durch den Sachverständigen die Folge sind.

Auch Meyer spricht dem Sachverständigen einen besonderen Rang unter den Beweismitteln ab:

"In Wahrheit ist er ein Beweismittel wie jedes andere auch."²⁾

Ähnliche Befürchtungen wie Schorn äußert Peters. Er hält es für "unrichtig und gefährlich, den Sachverständigen im Gegensatz zum Zeugen allein als Richtergehilfen zu bezeichnen."³⁾ Damit werde der Sachverständige aus den Beweismitteln herausgehoben und zu "einer Art Prozeßsubjekt" gemacht.⁴⁾ Außerdem rücke er damit zugleich in die Reihe der Strafverfolgungsorgane. Nach Peters ist der Sachverständige "ebensosehr oder ebensowenig Richtergehilfe wie der Zeuge".⁵⁾ Peters spricht in diesem Zusammenhang nicht von dem Begriff, sondern von der "Idee des Richtergehilfen"⁶⁾, durch die die prozessuale Stellung des Sachverständigen unangemessen und unnötig verschoben werde.

1) Schorn a.a.O.; eine etwas andere Auffassung von der Gehilfenstellung hatte Zachariä, Handbuch 2. Bd., 426, demzufolge die Sachverständigen "nur Gehülfen des Richters seien."

2) Löwe-Rosenberg-Meyer, vor § 72, Rdnr. 3 unter Bezugnahme auf RGSt 57, 158 (Urt.v.1.12.1922); ähnlich auch Bremer, 21

3) Peters, Lehrbuch, § 42 I (S. 286)

4) Peters a.a.O. 5) Peters a.a.O.

6) Peters a.a.O., wobei er die Idee darin sieht, unter einem Gehilfen mehr zu verstehen als jemand, der zu der Wahrheitsfindung beiträgt; Peters sieht in dem Sachverständigen als "erweitertes Gehirn" des Richters ein bloßes Beweismittel; es erscheint fraglich, ob sich diese beiden Einstufungen untereinander ohne weiteres vereinbaren lassen.

Dies wiederum könne die Gefahr heraufbeschwören, daß eine - wenn auch nur partielle - Gleichstellung des Sachverständigen mit dem Richter erfolge¹⁾ und daß daraus resultierend der Richter seine gesetzlich ihm allein auferlegte Verantwortlichkeit für das Urteil dahingehend vernachlässige, daß er die eigentlich erforderliche Würdigung des Sachverständigengutachtens gar nicht oder nicht in ausreichendem Maße wahrnehme.²⁾ Abgesehen von dem darin liegenden Verstoß gegen die Pflicht zu umfassender freier Beweiswürdigung, würde ein derartiges Verhalten - Wüst zufolge - möglicherweise einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zuwiderlaufen.³⁾

cc) Stellungnahme

Die aufgezeigten Bedenken sind nicht von der Hand zu weisen. Sie überzeugen mehr als das offenbar von der Befürchtung richterlicher "Überordnung" geprägte Argument, der Sachverständige könne schon deshalb kein Gehilfe des Richters sein, weil sonst der Richter ein "mehr wissender Meister" sein müsse.⁴⁾

1) Wüst, 13/14; Peters, JR 1969, 232 - Anmerkung zur Entscheidung des BGH v.6.9.1968 (=JR 1969, 231) - spricht von einer "dem Richter angenäherten Stellung im Strafprozeß"

2) Auf diese Gefahr weist auch Schmidhäuser, ZZP 1959, 365 (378) hin, der zudem die Befürchtung äußert, ein so bezeichneter Sachverständiger könne sich verleitet sehen, einen einseitigen Justizstandpunkt einzunehmen

3) Wüst, 14
vgl. dazu auch die Ausführungen oben S. 15/16

4) so Cabanis, Festschrift, 639 (645); ähnliche Bedenken äußert Varrentrapp, DRiZ 1969, 351 (352), der der Ansicht ist, der Ausdruck Gehilfe habe "heute etwas Abwertendes bekommen" und sei "veraltet und verbraucht".

Andererseits zeigt gerade auch dieses Argument, in welcher differenzierter Weise eine Bezeichnung interpretiert werden kann.¹⁾ Es kann auch nicht ohne weiteres konzediert werden, daß die Gefahr der Fehlinterpretation beim "Richtergehilfen" größer sein muß als beim "Helfer"²⁾ oder "Berater"³⁾. Einem Berater wird man vom Wortverständnis her sogar größere Einflußmöglichkeiten auf den Beratenen zubilligen mögen als einem Gehilfen.⁴⁾

Wohl keine Bezeichnung kann von vornherein die Gewähr dafür bieten, daß zweifelhafte Schlüsse im Hinblick auf die prozessuale Stellung des Sachverständigen unterbleiben.

Die obigen Erörterungen zeigen jedenfalls die Unzulänglichkeit des Versuchs, allein mittels einer anderen Bezeichnung eine andere rechtliche Bewertung erreichen zu wollen.

Gegen den "Richtergehilfen" lassen sich daher meines Erachtens keine zwingenden Gründe vorbringen. Ungeachtet aller Kritik bleibt nämlich als Ausgangspunkt festzuhalten, - worauf oben bereits hingewiesen wurde⁵⁾ - daß der Sachverständige in der Tat eine Sonderstellung unter den Beweismitteln einnimmt, deren Existenz nicht einfach unter Hinweis auf die formale Gleichstellung aller Beweismittel geleugnet werden

-
- 1) Auf diese Gefahr ist bereits oben - S. 21 hingewiesen worden
 - 2) so etwa Jessnitzer, Der Sachverständige, 4, 54/55; Varrentrapp, DRiZ 1969, 351 (352); Wellmann-Wiesen, 74
 - 3) vgl. Cabanis, Festschrift, 639(645), der dies offenbar aber vorrangig für den ärztlichen Sachverständigen gelten lassen will; ähnlich Falck, JR 1955, 285, demzufolge der Sachverständige "zugleich Berater und Gehilfe des Richters" ist
 - 4) so wohl Bremer, 21 offensichtlich auch Pieper, ZZP 1971, 1 (40)
 - 5) vgl. Ausführungen S. 14/15

kann, die andererseits aber auch nicht unter extensiver Auslegung des Begriffes "Richter-gehilfe" mit unbeabsichtigten und prozessual unzulässigen Konsequenzen verbunden sein darf.

Das entscheidende Argument für eine Sonderstellung dürfte nicht darin zu sehen sein, daß der Sachverständige Aufgaben wahrnimmt, die bei Besitz der nötigen Sachkunde der Richter selbst durchführen würde¹⁾, daß der Sachverständige also "insoweit Funktionen richterlicher Art" durchführte.²⁾ Der entscheidende Ansatzpunkt liegt meines Erachtens in der faktischen Einflußnahme auf das Urteil, wobei zu konzedieren ist, daß beide Kriterien gewisse Überschneidungen beinhalten, denn die Bedeutung für das Urteil resultiert letztlich aus der Art der Tätigkeit.

Allerdings ist dies nicht der alleinige Umstand. Ebenso relevant dürfte die persönliche Qualifikation des Sachverständigen sein, die ihn über andere Beweismittel hinaushebt. Oft fungieren Personen als Sachverständige, die auf ihrem Fachgebiet als absolute Kapazität, deren Aussagen als schlechterdings unangreifbar gelten. Aber auch der "normale" Sachverständige wird in der Regel über ein Fachwissen verfügen, das es dem Richter schwer machen wird, seinem gesetzlichen Auftrag nach freier Beweiswürdigung und damit auch potentieller Verwerfung des Gutachtens in vollem Umfang nachzukommen.³⁾ Ohne diese beson-

1) Dies hält Pieper a.a.O., 30 für wichtig, der im übrigen - S. 31 - auch darauf hinweist, daß als Konsequenz dessen der Sachverständige nach § 406 Abs. 1 S.1 ZPO aus denselben Gründen wie der Richter abgelehnt werden könne. (Anm.: Im Strafprozeß gem. § 74 StPO)

2) so Pieper a.a.O.

3) Lürken, NJW 1968, 1161 spricht in diesem Zusammenhang von einem "fast unmittelbaren Einfluß auf das Urteil"

dere fachliche Qualifikation würde dem Sachverständigen auch eine quasi-richterliche Tätigkeit nicht zu der Einflußnahme verhelfen, die er tatsächlich hat.

Diese Bedeutung, nicht die Art der Tätigkeit¹⁾, dürfte auch Grund dafür sein, daß der Sachverständige wie ein Richter gemäß § 74 abgelehnt werden kann. Denn die Ablehnungsgründe gem. §§ 22 ff.²⁾ liegen in der Person begründet. Es soll vermieden werden, daß Parteilichkeit und Befangenheit eines Sachverständigen sich durch dessen Gutachten auf den Richter übertragen und somit auch in die Urteilgründe einfließen könnten.³⁾ Ein unserem Rechtsstaat zwingend innewohnendes faires Verfahren wäre dann nicht mehr gewährleistet. Angesichts der Bedeutung des Sachverständigen für die Urteilsfindung lag es nahe, diese Gründe für eine richterliche Ablehnung auf den Sachverständigen zu transponieren, da sie bereits in der StPO enthalten waren und die Zielsetzung in beiden Fällen gleich ist.

1) so aber offensichtlich Pieper a.a.O., 31 wohl auch Beling, Reichsstrafprozeßrecht, 301; dagegen: Eb. Schmidt, LK Teil II, § 74, Rdnr. 1; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 74, Anm. 1, die jeweils in der Fungibilität des Sachverständigen den Grund für die Anwendung der richterlichen Ablehnungsvorschriften sehen (so auch schon Sarstedt bei Löwe-Rosenberg in der 22. Auflage)

2) Die in § 22 aufgeführten Umstände, die für den Richter Ausschließungsgründe darstellen, wirken sich gegenüber dem Sachverständigen als Ablehnungsgründe aus. (vgl. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 74, Rdnr. 4; Kleinknecht, § 74, Rdnr. 1). § 23 ist auf den Sachverständigen nicht anwendbar; hinzu kommt als weiterer Ablehnungsgrund die Besorgnis der Befangenheit gem. § 24 Abs. 2. (So auch Eb. Schmidt a.a.O.)

3) vgl. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 74, Rdnr. 3

Hinzu kommt natürlich noch - wie Eb. Schmidt¹⁾ und Meyer²⁾ zutreffend festgestellt haben - daß es sich beim Sachverständigen um eine fungible Person handelt³⁾, bei der die Möglichkeit der Auswechslung nur durch die Fachrichtung begrenzt ist, wobei hier von einer echten Begrenzung im Regelfall nicht die Rede sein kann. Dies unterscheidet den Sachverständigen beispielsweise vom Zeugen⁴⁾, der grundsätzlich nicht austauschbar ist; ein Verzicht auf die Person ist dort gleichbedeutend mit einem Verzicht auf die Zeugenaussage schlechthin. Die entsprechende Anwendung der richterlichen Ablehnungsgründe ist daher meines Erachtens nicht darauf zurückzuführen, daß beide - Richter und Sachverständiger - letztlich richterliche Aufgaben wahrnehmen, sondern darauf, daß beider Tätigkeit eine große Bedeutung für das Urteil hat, wobei ein gewisser Zusammenhang zwischen diesen Gründen nicht geleugnet werden soll. Es scheint indes überzeugender, wie oben dargelegt, in letztgenanntem Grund das entscheidende Kriterium zu sehen. Hinzu kommt die Fungibilität des Sachverständigen. Die größere Bedeutung des Sachverständigen für das Urteil - im Vergleich zu anderen Beweismitteln wie dem Zeugen - ist es aber gerade, die von Vertretern der Literatur unter Hinweis auf die richterliche

1) vgl. FN 1) auf S. 26

2) vgl. FN 1) auf S. 26

3) ebenso Dohna 97/98; einschränkend Mayer, Festschrift, 455 (456), der die Ansicht vertritt, daß der Sachverständige zwar "theoretisch fungibel" sei, "praktisch aber oft nicht".

4) Daß dies nicht das entscheidende Abgrenzungskriterium ist, ergibt sich aus den Ausführungen unten S. 259 ff.

Verantwortung für bedenklich erachtet wird.¹⁾
Streng dogmatisch betrachtet mögen diese
Bedenken berechtigt sein²⁾, indes erscheint
es wirklichkeitsfremd, ungeachtet tatsächlicher
wissenschaftlicher Veränderungen unbeirrt auf
der Forderung zu beharren, der Richter müsse
jedes Gutachten ebenso überprüfen und würdigen
können wie beispielsweise eine Zeugenaussage,
bei der der Richter sich auf seine Menschen-
kenntnis und Berufserfahrung stützen kann.
Angesichts der Schwierigkeit bestimmter Fach-
gebiete selbst für einen auf dem jeweiligen
Gebiet nicht Unkundigen sind Konzessionen
unausweichlich.

Dies muß allerdings nicht zu der Annahme führen,
der Richter sei ganz einfach darauf angewiesen,
dem Sachverständigen Glauben zu schenken und
er könne seinen gesetzlichen Auftrag aus § 261
nicht mehr erfüllen.³⁾ Zwar mag bei einzelnen
naturwissenschaftlich-technischen Gutachten die
Würdigung des Richters sich auf die Prüfung
beschränken, ob es sich bei dem Sachverständigen
um einen erprobten und zuverlässigen Vertreter
seines Fachgebietes handelt⁴⁾ und auf die
Prüfung der Vereinbarkeit des Gutachtens mit

-
- 1) "So gewinnt möglicherweise ein einzelner Mann, der selber gar kein Richter ist, einen einzigartigen Einfluß auf die strafrechtliche Rechtsprechung" befürchtet Mayer a.a.O.; ähnlich auch Langelüddeke-Bresser, 251
 - 2) So mit Recht Karpinski, NJW 1968, 1173; ebenso Pieper, ZZP 1971, 1 (33)
 - 3) So z.B. Leferenz, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5 (1962), 1 (5); Mayer a.a.O., 455 (456) meint, daß sich die Entscheidungsgewalt und damit die Verantwortung für den Inhalt des Richterspruchs wenigstens faktisch auf den Sachverständigen verlagert hätten. Zustimmend Pieper, ZZP 1971, 1 (32); ähnlich Sarstedt, Beiträge zur gerichtlichen Medizin, Bd. 25 (1969), 14 (28)
 - 4) Vgl. BGHSt 7, 238 (239) (Urt.v. 8.3.1955)

den Gesetzen der Logik¹⁾ sowie darauf, ob "die dem Gutachten zugrunde gelegte Lehre in den maßgebenden Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei als richtig und zuverlässig anerkannt ist."²⁾ Gerade für die Beurteilung psychologischer und psychiatrischer Gutachten wird dies nicht der Fall sein. Dabei kann der Richter nämlich auf bereits zitierte Menschenkenntnis und Berufserfahrung zurückgreifen, die ihm eine Würdigung ermöglichen und verhindern sollten, daß der Richter sich die letzte Entscheidung von dem Sachverständigen abnehmen lassen muß.³⁾

Zutreffender erscheint ein von Blau gewählter Vergleich⁴⁾, in dem er eine Parallele zieht zwischen der Freiheit des Richters und der eines Forschers, der sich auch über gewisse Forschungsergebnisse nicht einfach hinwegsetzen könne, ohne indes grundsätzlich in seiner Freiheit als Forscher eingeschränkt zu sein. In diesem Sinne ist die richterliche Freiheit im Sinne des § 261 in der Tat eingeschränkt, ohne daß es sich

1) So Karpinski, NJW 1968, 1173: "Die Vorstellung, der Sachverständige "vermittele" sein Wissen dem Gericht, ist oftmals eine Fiktion. Sind z.B. schwierige naturwissenschaftlich-technische Fragen zu erörtern, so kommt doch vielfach nur eine "Übernahme" des Ergebnisses des Gutachtens in Betracht."; ähnlich auch Eb. Schmidt, LK Teil II, Rdnr. 74; Mayer a.a.O., 476; kritisch dazu: Bockelmann, GA 1955, 321 (329)

2) so BGHSt 5, 34 (36) (Urt. v. 16.6.1953)

3) vgl. Blau, GA 1959, 293 (301); ähnlich auch BGHSt 7, 238, wo dies sogar für die Fälle gefordert wird, "in denen es sich um besondere wissenschaftliche Fachfragen handelt", wobei allerdings bzgl. der konkreten Überprüfungsdurchführung Einschränkungen je nach "Art des Gegenstandes" für möglich gehalten werden. AA: Schuster, 97/98, der die Ansicht vertritt, bei Glaubwürdigkeitsgutachten sei infolge der rein subjektiven Entscheidung eine Überprüfbarkeit gar nicht gegeben. Dieses Argument stellt allerdings die gesamte Würdigung des Personalbeweises in Frage, soweit dort subj. Eindrücke wiedergegeben werden.

4) vgl. Blau a.a.O.

deshalb aber um eine Scheinfreiheit handelte.¹⁾
Auf diese Weise kann der Problematik, die sich aus der Überschneidung richterlicher und sachverständlicher Aufgaben ergibt, Rechnung getragen werden, ohne die Position des einen zugunsten des anderen völlig aufzugeben.²⁾

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Sachverständige gegenüber den anderen Beweismitteln eine Sonderstellung einnimmt, die seine Einstufung als "Richtergehilfe" legitimiert, ohne daß sich angesichts dieser Bezeichnung überzogene Interpretationen des oben dargelegten Inhalts rechtfertigen ließen, die den Sachverständigen in eine vom Gesetz und ihm selbst nicht gewollte prozessuale Stellung drängen könnten.

III. Aufgabenstellung im Strafprozeß

Diese Sonderstellung des Sachverständigen und die durch die Bezeichnung als Richtergehilfe lancierte Gefahr der Fehldeutung machen es auch erforderlich, die prozessualen Rechte und Pflichten des Sachverständigen genau zu bestimmen bzw. zu begrenzen.

Zur Erstellung seines Gutachtens benötigt der Sachverständige eine möglichst breite Grundlage von Tatsachen, auf der er aufbauen kann.

1) Blau a.a.O., der etwas anderes nur gelten lassen will, wenn man den jedes kritischen Abstands "zum psychologischen Gutachten unfähigen (dann als Jugendrichter) aber nicht geeigneten!) Richter" zum Vorbild erheben würde.

2) Zur grundsätzlichen Problematik des Verhältnisses zwischen Richter und Sachverständigen vgl. etwa Bockelmann, GA 1955, 321; Hepner, Kriminologische Schriftenreihe Bd. 21, 79 ff.; Sarstedt, NJW 1968, 177; Arbab-Zadeh, NJW 1970, 1214; Krauß, ZStW 1973, 320

Zu diesem Zweck stellt das den Sachverständigen beauftragende Strafverfolgungsorgan¹⁾ ihm die sogenannten Anknüpfungstatsachen zur Verfügung.²⁾

Umstritten ist in diesem Zusammenhang zunächst, ob der gesamte Inhalt der Akten dem Sachverständigen als Anknüpfungstatsachen zur Verfügung gestellt werden soll oder sogar muß.

Umstritten ist weiterhin, ob und gegebenenfalls inwieweit der Sachverständige sich im Rahmen seiner Explorationstätigkeit neue Tatsachen durch eigene Aktivitäten beschaffen darf.

C. Akteneinsicht als Vorstufe der Exploration

I. § 80 Abs. 2 als Ermessensvorschrift

Sedes materiae für die Frage der Akteneinsicht ist § 80 Abs. 2. Danach kann dem Sachverständigen gestattet werden, die Akten einzusehen. Dem Wortlaut nach handelt es sich bei § 80 Abs. 2 um eine Ermessensvorschrift; der Gesetzgeber hat es expressis verbis dem Gericht überlassen, ob überhaupt, wann und in welchem Umfang dem Sachverständigen die Akten zugänglich gemacht

1) Grundsätzlich obliegt die Auswahl des Sachverständigen dem Richter, § 73. Da der Sachverständige aber auch im Vorverfahren herangezogen werden kann, muß insoweit auch eine Befugnis der Staatsanwaltschaft als Herrin des Vorverfahrens und der Polizei in Betracht kommen. (So auch Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 18-21; § 73, Rdnr. 1; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 73 Rdnr. 2). Allerdings können auch der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger durch entsprechende Anträge einen Sachverständigen einführen, vgl. §§ 163 a Abs. 2, 201 Abs. 1, 219, 244 Abs. 4. (Dazu auch Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 19).

2) vgl. Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 5; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 78, Rdnr. 1 u. 4; KMR, Vorbem. § 72, Rdnr. 16; Eb. Schmidt, LK Teil II Vorbem. zum 7. Abschnitt, Rdnr. 9

werden sollen.¹⁾

Von der Möglichkeit der Akteneinsicht wird insbesondere der psychologische und psychiatrische Sachverständige vor der Exploration von Zeugen und Beschuldigten Gebrauch machen wollen²⁾, denn die Akteneinsicht "vermittelt dem Sachverständigen in der Regel das soziale und intellektuelle Niveau des Probanden"³⁾, welches für die Beantwortung der in dem Gutachten auftretenden Fragen von besonderer Relevanz sein kann. Die Problematik der Akteneinsicht ist daher parallel zur eingangs explizierten Sachverständigenexploration in diesem Bereich gewachsen.

II. Forderung nach uneingeschränkter Akteneinsicht

So ist es nicht verwunderlich, daß vor allem von Seiten der Sachverständigen Bedenken gegen die dem Gesetzeswortlaut entnommene Ansicht erhoben werden, die Überlassung der Akten liege allein im Ermessen des zuständigen Gerichts und daß statt dessen eine generelle Akteneinsicht unabhängig von der Lage des Einzelfalles gefordert wird.⁴⁾

1) so auch Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (358); Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S. 311); Panhyusen, 62; Hepner, Kriminologische Schriftenreihe Bd. 21 (1966), 81; Sarstedt, NJW 1968, 177 (180); Weimann, JR 1951, 198 (in Bezug auf § 80 allgemein festgestellt, nicht auf Akteneinsicht beschränkt); Wüst, 54; Krafft 59, 60

2) Zu der Frage, ob zu den dem Sachverständigen überlassenen Akten auch die gehören, die sonst nach § 49 BZRG nicht mehr zum Nachteil des Beschuldigten verwertet werden dürfen, vgl. Bresser, NJW 1973, 537 ff.

3) so Wüst, 47

4) vgl. z.B. Cabanis, Möglichkeiten und Grenzen, 19; ders., MMW 1967, 2234 (2235); ähnlich wird man auch Müller-Luckmann, Die psych. Begutachtung, 130 (137) verstehen müssen

- 1) Beschränkung der Gutachtenerstellung
"nach bestem Wissen und Gewissen"

Cabanis etwa hält "das Studium aller erreichbaren Unterlagen für eine Selbstverständlichkeit" und begründet seine Forderung damit, daß der Gesetzgeber nicht einerseits ein Gutachten "nach bestem Wissen und Gewissen" - so der Wortlaut des § 79 II - verlangen, andererseits aber dem Sachverständigen auf dem Weg dorthin Hindernisse in den Weg legen könne, in dem er ihm wichtige und "ohnehin spärlich fließende Informationsquellen"¹⁾ verschließe. Cabanis vergleicht den so gestellten Sachverständigen mit einem Autofahrer, der gleichzeitig Gas und Bremse betätige und sich dann natürlich nicht wundern dürfe, wenn der Wagen abgewürgt werde.²⁾ Die Akteneinsicht sei ein entscheidender Punkt, um das Gutachten als Urteilsstütze auf eine möglichst breite Grundlage zu stellen.³⁾

- 2) Ablehnung auszugsweiser Aktenkenntnis

Auch einen "gefilterten Aktenauszug"⁴⁾ in Gestalt der vom Gericht für das konkrete Gutachten für notwendig erachteten Unterlagen lehnt Cabanis unter Hinweis darauf ab, daß der Richter als Jurist und Laie auf dem in Rede stehenden Fachgebiet unmöglich darüber befinden könne, welche

1) Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235)

2) Cabanis a.a.O.

3) Cabanis a.a.O.
ders., Möglichkeit und Grenzen, 19
ebenso Rauch, NJW 1968, 1173 (1175), in
Erwiderung auf Sarstedt, NJW 1968, 177

4) Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235)

"vom juristischen Standpunkt u.U. völlig unerhebliche" in den Akten enthaltenen Fakten für das Gutachten letztlich relevant seien und welche nicht.¹⁾ Diese Ablehnungsgründe von Cabanis wird man auch auf die Möglichkeit erstrecken müssen, dem Sachverständigen statt der Akten oder eines Auszuges eine vom Richter anzufertigende Sachdarstellung des Akteninhalts zu geben, der für den Sachverständigen nach Meinung des Richters von Gewicht sein könnte.²⁾ Auch hierbei obläge die Selektion dem Richter, was wiederum die aufgezeigten Bedenken zur Folge hätte.

3) Gefahr eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 2

Seitens der Juristen werden gegen die Ermessensvorschrift des § 80 Abs. 2 zunächst Einwände in Bezug auf § 244 Abs. 2 erhoben.³⁾

-
- 1) Cabanis, Möglichkeit und Grenzen, 20
ebenso Karpinski, NJW 1968, 1173
Rauch, NJW 1968, 1173 (1175)
 - 2) Sarstedt, NJW 1968, 177 (180) hält es für denkbar, daß eine kurze Sachdarstellung durch den Richter genügen könnte. Wellmann-Wiesen, 96, ist der Ansicht, der Sachverständige benötige grundsätzlich nur eine "Darstellung dessen, was er seinem Gutachten zugrundelegen solle."
 - 3) So etwa BGH, JR 1962, 111 (Urt.v. 14.11.61);
Eb. Schmidt, LK Teil II, § 80, Rdnr. 2;
Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80 Rdnr. 2, der sich zwar nur auf Abs. 1 der Vorschrift bezieht; da die Abs. 1 und 2 hinsichtlich ihrer Formulierung als Kann-Vorschrift aber übereinstimmen, würde man die Verneinung einer Ermessensvorschrift eigentlich auch auf Abs. 2 ausdehnen müssen; allerdings widerspricht dem die Anmerkung Meyers in Rdnr. 3 zu § 80, nach der einem Verlangen des Sachverständigen auf Akteneinsicht "das Gericht nicht stets entsprechen muß." Ähnlich auch Kleinknecht, § 80, Rdnr. 3; vgl. auch Geerds, Archiv für Kriminologie Bd. 137 (1966), 157 (166/167); Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (358)

Unter Hinweis auf die dem Gericht nach dieser Vorschrift obliegende Aufklärungspflicht wird vorgebracht, die Kann-Vorschrift werde dadurch praktisch zu einer Muß-Vorschrift, daß der die Akteneinsicht verweigernde Richter die Beweisaufnahme eben nicht wie gefordert auf alle Tatsachen und Beweismittel erstreckt habe, die für die Entscheidung von Bedeutung sein könnten.¹⁾

"Unter diesen Umständen wird das Wörtchen "kann" praktisch zum "muß"²⁾, jedenfalls dann, wenn das Gutachten "nicht ohne bestimmtes Material erstattet werden kann."³⁾

Die besondere Schwierigkeit liegt darin, daß der Richter, der wegen fehlender Sachkunde die Zuziehung eines Sachverständigen für erforderlich gehalten hat, fähig sein soll zu entscheiden, ob dieser Sachverständige für sein Gutachten der Kenntnis der Akten bedarf oder nicht.⁴⁾ Dieser Punkt klang bereits oben im Zusammenhang mit der Ablehnung eines gefilterten Aktenauszeuges durch Cabanis an.⁵⁾

4) Unnötiger Zeitaufwand des Gerichts

Man könnte auch daran denken, einen zeitlichen Mehraufwand für den Richter, der mit der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens im Regelfall verbunden sein wird, als Argument gegen eine Kann-

1) vgl. FN 3) auf S. 34

2) so Geerds, a.a.O., der allerdings auch nicht expressis verbis die Folgerung ziehen mag, § 80 Abs. 2 sei grundsätzlich das Wesen einer Ermessensvorschrift abzusprechen.

3) Eb. Schmidt a.a.O.; Löwe-Rosenberg-Meyer a.a.O.

4) vgl. dazu Eb. Schmidt a.a.O.; auch Löwe-Rosenberg-Meyer a.a.O.

5) vgl. Ausführungen S. 33/34

Vorschrift heranzuziehen. Angesichts der sicherlich überwiegenden Mehrzahl von Fällen - diese Behauptung kann schon gewagt werden, obgleich eine genauere Stellungnahme zu den gegensätzlichen Argumenten noch aussteht -, in denen dem Sachverständigen auch nach Prüfung die Akteneinsicht zugestanden werden dürfte, könnte es als unverhältnismäßig anzusehen sein, die ohnehin bereits zeitlich überlasteten Gerichte mit dieser zusätzlichen Arbeit zu konfrontieren.

5) Handhabung in der Praxis

In dieser Richtung könnte auch der Hinweis ausgelegt werden, daß dem "beauftragenden Richter ebenfalls an der Notwendigkeit der unbeschränkten Akteneinsicht bisher keine Zweifel gekommen" seien.¹⁾ Diese Feststellung könnte so interpretiert werden, daß das Beharren auf einer Ermessensvorschrift schon deshalb unangebracht und vor allem wenig erfolversprechend sei, weil in praxi ein Leerlaufen dieser gesetzlichen Forderung nicht zu vermeiden sei.

6) Wertung

Diese Argumente können insgesamt nicht überzeugen. Um mit den beiden letztgenannten praxisbezogenen zu beginnen: sie würden für sich gesehen sicherlich nicht ausreichen können, ein "Muß" des Richters zu begründen. Praktikabilität allein wird nicht dazu führen können, eine Rechtsnorm entgegen ihrem Wortlaut auszulegen. Sarstedt weist zu Recht darauf hin, daß die Prüfung - und gegebenenfalls eine kurze Sachdarstellung - dem Richter zwar "ein wenig Arbeit" mache, daß sie ihm aber andererseits "viel größere Arbeit" ersparen könne, "wenn dadurch die

1) so Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235)

Aufhebung eines vielleicht völlig richtigen Urteils vermieden" werde.¹⁾

Sarstedt weist in diesem Zusammenhang noch darauf hin, es sei für eine schleunige Abwicklung des Verfahrens außerdem sehr dienlich, wenn die Akten ständig zur Verfügung des Gerichtes oder der Staatsanwaltschaft seien.²⁾

Dieser Einwand vermag meines Erachtens allerdings nicht zu überzeugen, wenngleich der Hinweis in der Sache durchaus berechtigt ist. Um beiden Seiten gerecht zu werden, könnte in einem solchen Fall eine Kopierung der Akte vorgenommen werden, was ja auch zu anderen Zwecken erfolgt. Im Hinblick auf das Kriterium der zeitlichen Mehrbelastung ist Sarstedt indes uneingeschränkt beizupflichten.

Auch eine dem Wortlaut des § 80 Abs. 2 zuwiderlaufende Praxis kann die Forderung nach uneingeschränkter Aktenzusendung nicht stützen.

Abgesehen davon, daß der Kreis der Richter, deren Votum zur Aufstellung dieser Behauptung beigetragen haben wird, möglicherweise begrenzt sein dürfte, läßt sich mit der Unterstellung ständiger gegenteiliger Handhabung nicht am Gesetzeswortlaut rütteln. Dies müßte - streng genommen - sogar für den Fall uneingeschränkter derartiger Praxis gelten.

Im Gegenteil: diese Praxis zeigt auf, daß auf Seiten der Richter offensichtlich der Pflicht zur Ermessensausübung oft nicht in ordnungsgemäßer

1) vgl. Sarstedt, NJW 1968, 177 (180)

2) Sarstedt a.a.O.; ohne Gewicht ist - wie Sarstedt zu Recht feststellt - der Gedanke, der Sachverständige - etwa ein wissenschaftlich tätiger Arzt - wolle sich unter Umständen für "seine eigenen Zwecke, z.B. spätere Veröffentlichungen, einen Aktenauszug anfertigen."

Weise nachgekommen wird und muß daher - um der weiteren Stellungnahme schon vorzugreifen - zum Anlaß genommen werden, die Richter auf eine genauere Befolgung des § 80 II aufmerksam zu machen.

III. Gründe gegen "automatische" Akteneinsicht

1) Möglichkeit negativer Auswirkungen

Auch die anderen, gegen eine Kann-Vorschrift vorgebrachten Gesichtspunkte, können nicht durchgreifen. Zunächst ist die Behauptung unzutreffend, ohne Aktenkenntnis sei generell eine Gutachtenerstellung nach bestem Wissen und Gewissen nicht möglich.¹⁾

Sarstedt bemängelt zu Recht, daß man dem Sachverständigen die Akten einfach ins Haus schicke, was viel seltener nötig sei als es geschehe.²⁾

Auch Blau will einzelne Fälle nicht ausschließen, in denen keine Akteneinsicht gegeben werden sollte, wenngleich er konzidiert, daß "nur wenig Fälle denkbar" seien, "in denen die Vorenthaltung der Akten nicht ein Ermessensmißbrauch wäre."³⁾ Als Beispiel für seine Ansicht führt Blau den Fall an, daß ein Gutachten über die allgemeine Glaubwürdigkeit zu erstellen sei.⁴⁾ Man wird die Ansicht Blaus teilen können, daß in einem solchen Fall ein unvoreingenommenes,

1) vgl. Ausführungen S.33

2) Sarstedt, NJW 1968, 177 (180)

3) Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (358); so auch Weimann, JR 1951, 198 (199), der das allgemein für die in § 80 normierten Rechte annimmt

4) vgl. Blau a.a.O.

objektives Gutachten in Frage gestellt sei. Gerade im Bereich der Persönlichkeits- und Glaubwürdigkeitsgutachten ist leicht vorstellbar, daß ein Gutachten durchaus unterschiedlich ausfallen kann, je nachdem, ob der Sachverständige negatives oder positives Aktenmaterial eingesehen hat. Peters, der die Ansicht vertritt, "die Notwendigkeit der Akteneinsicht hängt je von der Art des geforderten Gutachtens ab"¹⁾, weist in seinem Lehrbuch auf zwei unterschiedlich gelagerte Fälle hin, in denen die Kenntnis der Akten einmal den Sachverständigen zu einem offensichtlich unzutreffenden Gutachten beeinflusst hatte, im anderen Fall die nicht erfolgte Aktenkenntnis ausschlaggebend für ein Fehlgutachten war und versucht damit, den Nachweis zu erbringen, daß der Richter tatsächlich immer anhand des konkreten Einzelfalles entscheiden müsse.²⁾

An diesen Beispielen zeigt sich in der Tat, daß entgegen der Ansicht von Cabanis³⁾ grundsätzlich Fälle denkbar und auch in der forensischen Praxis vorgekommen sind, in denen die Kenntnis der Akten nach Sachlage nicht nur nicht erforderlich, sondern im Gegenteil schädlich gewesen wäre.

2) Gefahr der Voreingenommenheit

In einem solchen Fall würde die Kenntnis nämlich nicht (nur) den bezweckten Erfolg möglichst breiter Gutachtengrundlage bewirken, sondern das

1) Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S. 311, 312)

2) vgl. Peters a.a.O.

3) vgl. FN 4) auf S. 32

Anwachsen der Gefahr gutachterlicher Voreingenommenheit zur Folge haben können.¹⁾ Daß sich diese Gefahr nicht leugnen läßt und auch niemals gezeugnet wurde, zeigen bereits die Überlegungen, die vom Gesetzgeber vor Einführung der heutigen Fassung des § 80 Abs. 2 angestellt wurden. Der Wille des Gesetzgebers ging zwar einerseits dahin, dem Sachverständigen möglichst umfassendes Material für sein Gutachten zur Verfügung zu stellen; andererseits aber war in der Kommission durchaus umstritten, ob dem Sachverständigen grundsätzlich Akteneinsicht gestattet werden müsse, oder ob dies besser nach Lage des Einzelfalles entschieden werden sollte.²⁾ In den vorausgegangenen Gesetzesberatungen war nämlich die Gefahr sachverständlicher Voreingenommenheit das entscheidende Argument gegen eine automatische Aktenüberlassung gewesen.³⁾ Diese Gefahr wollte der Gesetzgeber erkennbar auf eine möglichst geringe Anzahl von Fällen beschränkt wissen. Er normierte daher das Antragserfordernis für den Sachverständigen⁴⁾ und das pflichtgemäßer Ermessens-

1) vgl. etwa Kern-Roxin, § 27 c I (S. 139); Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S. 312);

2) siehe dazu Heinitz, Festschrift, 693 (698), FN 11)

3) vgl. Hahn, Materialien Bd. 1, 618 f.

4) Zwar ist die Voraussetzung "auf sein Verlangen" expressis verbis nur in Abs. 1 des § 80 normiert. Man wird dieses Tatbestandsmerkmal aber auch in Abs. 2 hineininterpretieren müssen. Dies läßt sich mit einem Schluß a maiore ad minus aus § 80 Abs. 1 begründen. Abs. 2 räumt dem Sachverständigen im Verhältnis zu Abs. 1 weitergehende Rechte ein. In diesem Sinne besteht zwischen beiden Absätzen ein Mehr-Weniger-Verhältnis. Hat der Gesetzgeber aber bereits für das "Weniger" einen Antrag des Sachverständigen vorausgesetzt, so wird man den Schluß ziehen können, daß er einen Solchen für das "Mehr" erst recht für erforderlich hält. (So wohl auch Bremer, 166; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr. 3: "Einem solchen Verlangen des Sachverständigen..."; hingegen Kleinknecht, § 80, Rdnr. 3: "Die Akteneinsicht wird dem Sachverständigen nicht nur "auf sein Verlangen" gestattet...")

ausübung für den Richter. Durch diese doppelte Vorprüfung sollte die Gefahr begrenzt werden. Daß der Gesetzgeber sich der für uneingeschränkte Akteneinsicht sprechenden Gesichtspunkte größtenteils bewußt war, darf wohl unbedenklich unterstellt werden. Wenn er sich dennoch gegen eine Muß-Vorschrift entschieden hat, so unterstreicht diese Entscheidung, welch hohes Gewicht der Gesetzgeber der Gefahr einerseits, der Prüfung durch Sachverständige und Richter andererseits beigemessen hat. Auch in der Literatur, die zu der Problematik Stellung genommen hat, wird - wie bereits angedeutet - vorrangig dieser Gesichtspunkt ins Feld geführt.¹⁾ Daß er von Seiten der Sachverständigen gerne ignoriert, auf jeden Fall nicht akzeptiert wird, muß nicht verwundern. Sie werden weitgehend davon überzeugt sein, zumindest im Interesse ihres Ansehens nach außen kundtun zu müssen glauben, derartige Beeinflussungen rational ausschalten zu können. Daß dies indes im Regelfall nicht so sein wird, liegt meines Erachtens ganz einfach in der Tatsache begründet, daß der Sachverständige eben auch ein Mensch ist mit dessen Schwächen und Unzulänglichkeiten.²⁾ Dies gerade für den Sachverständigen abstreiten zu wollen, hieße doch wohl, die menschliche Natur in Frage zu stellen.³⁾

1) So etwa Wellmann-Wiesen, 96; Krauß, ZStW 1973, 320 (332), der von einer "Vorprogrammierung für die Hauptverhandlung" spricht; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr. 3; Panhuysen, 62, die den Grund darin sieht, daß der Sachverständige unter Umständen "möglichst von der Auffassung des früheren Vernehmungsbeamten nicht abzuweichen sucht".

2) vgl. FN 1) auf S. 40, FN 1) oben

3) So konstatiert Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr. 5, zu Recht: "Denn daß der Sachverständige die so gewonnenen Tatsachenerkenntnisse verdrängt, wenn sich später herausstellt, daß der Zeuge gar nicht hätte befragt werden dürfen, ist wenig wahrscheinlich." (gleiches muß für das durch Aktenkenntnis erlangte Wissen gelten).

3) Letzte Verantwortlichkeit beim Richter

Solche berechtigten Zweifel an der Unbeeinflußbarkeit des Sachverständigen kann auch nicht der Hinweis entkräften, der Sachverständige müsse, um mögliche Fehler in seinem Gutachten auszuschalten oder wenigstens auf ein unabdingbares Minimum zu reduzieren, alle zur Verfügung stehenden Unterlagen kennen. Die letzte und entscheidende Verantwortung für das Urteil trägt immer noch der Richter.

Der Sachverständige ist ihm - darauf wurde ausdrücklich hingewiesen - dazu lediglich ein Helfer. Der Richter hat auch die Möglichkeit, ein ohne Kenntnis der Akten erstelltes Gutachten anhand der sich aus den Akten zusätzlich ergebenden Fakten zu überprüfen und solche Punkte gegebenenfalls in der Hauptverhandlung bei endgültiger Abgabe des Gutachtens anzusprechen. Hält der Richter solches Vorgehen im Einzelfall nicht für opportun, kann er ja von seinem Überlassungsrecht Gebrauch machen.

4) Keine Vergleichbarkeit mit richterlicher "Voreingenommenheit"

Nun könnte man einwenden, die aus der menschlichen Natur heraus begründete Gefahr der Beeinflußbarkeit anhand der Akten müsse in gleichem Maße auch für den Richter gelten. Dagegen sprechen indes zwei Punkte: Der Richter ist von Gesetz wegen derjenige, der das Urteil in alleiniger Verantwortung fällen muß. Zur erschöpfenden und gewissenhaften Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens ist der Richter aber nur in der Lage, wenn ihm alle Fakten bekannt sind, die für das Verfahren und damit auch für ein gerechtes Urteil Bedeutung haben können.

Der Gesetzgeber unterstellt bei dem Richter, daß dieser - im Unterschied zu dem Sachverständigen - aufgrund der diese Fähigkeit mit fördernden juristischen Ausbildung in der Lage sein wird, Beeinflussungen auszuschalten, zu denen die Kenntnis der Akten Anlaß geben könnte. Eine Parallele zwischen Richter und Sachverständigem kann folglich nicht gezogen werden. Es muß daher konstatiert werden, daß die Gefahr der Voreingenommenheit als ein entscheidendes Argument gegen eine uneingeschränkte Akten-einsicht angeführt werden kann.

5) Ausreichende richterliche Sachkunde für Aktenentscheidung

Dies läßt sich umgekehrt von dem Gesichtspunkt, der Richter könne eine überzeugende Entscheidung mangels Sachkunde gar nicht treffen¹⁾, nicht feststellen. Der Umstand, daß der Richter die Zuziehung eines Sachverständigen infolge eigener mangelnder Sachkunde für erforderlich hält, berechtigt nicht zu dieser Annahme. Man kann sehr wohl differenzieren zwischen der Fähigkeit, beispielsweise die Glaubwürdigkeit eines Zeugen richtig beurteilen zu können und der Fähigkeit, zu entscheiden, welche Unterlagen zu einer solchen Beurteilung erforderlich sind. Wenn man bedenkt, daß solche Beurteilungen noch vor nicht langer Zeit als Domäne des Richters galten und teilweise heute noch gelten, darf man dem Richter wohl die Fähigkeit zubilligen, trotz fehlender eigener Sachkunde in der Frage der Aktenüberlassung eine begründete Entscheidung treffen zu können.

1) vgl. Ausführungen S. 35

Letztlich liegt es auch an dem Sachverständigen selbst, wie er seinen Antrag auf Akteneinsicht begründet. Überzeugenden Argumenten wird sich der Richter nicht verschließen.

IV. Ermessensvorschrift unter Berücksichtigung des § 244 Abs. 2

1) Möglichkeit des Verstoßes

Auch im Hinblick auf die richterliche Aufklärungspflicht, § 244 Abs. 2, kann man zu keinem anderen Ergebnis kommen. Es wurde oben darauf hingewiesen¹⁾, daß ein Verstoß gegen diese Vorschrift sich daraus ergeben könnte, daß der Richter dem Sachverständigen Akteneinsicht verwehrt und dieser folglich die in den Akten enthaltenen Informationen bei Erstellung seines Gutachtens unberücksichtigt lassen mußte. Aufklärungspflicht im Sinne des § 244 Abs. 2 könnte daher grundsätzliche Pflicht zur Aktenüberlassung bedeuten, da ansonsten die Wahrheit eben nicht mit allen zu Gebote stehenden Mitteln erforscht worden wäre. Diese Konsequenz muß indes nicht gezogen werden.

2) Ermessensreduzierung auf Null

In diesem Zusammenhang bietet sich ein Rückgriff auf das dem Verwaltungsrecht entnommene Rechtsinstitut der Ermessensreduzierung auf Null an.²⁾ Danach kann bei einer Ermessensentscheidung die

1) vgl. oben S.34/35

2) vgl. dazu grundlegend etwa v. Münch-Friauf, 183; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 II e (S. 203); Knack, VwVfG, § 40, Rdnr. 10.3; Forsthoff, § 5, 3 (4) (S. 95 ff.)

Sachlage im Einzelfall sich so darstellen, daß alle Entscheidungen bis auf eine ermessensfehlerhaft wären. Dann wird aus der ursprünglichen Kann- eine Muß-Entscheidung; das Ermessen ist geschrumpft bzw. auf Null reduziert.¹⁾

Die Übernahme dieses verwaltungsrechtlichen Rechtsinstitutes in das Strafprozeßrecht kann wegen der Einheit der Rechtsordnung keine Bedenken hervorrufen, zumal das Strafverfahrensrecht bekanntlich dem Gebiet des öffentlichen Rechts zuzuordnen ist.²⁾ Ein Unterschied in der Sache zwischen richterlichem Ermessen - etwa im Sinne des § 80 Abs. 2 - und behördlichem Ermessen, der der Übernahme entgegenstünde, kann nicht konstatiert werden. Ein Unterschied läßt sich auch nicht daraus induzieren, daß der Richter gem. Art. 97 Abs. 1 GG unabhängig und nur dem Gesetz und dem eigenen Gewissen unterworfen ist, während Behörden in ihrem hierarchischen Aufbau weisungsgebunden sind. Dies könnte nur dann zu einer differenzierten Betrachtung führen, wenn die Problematik der Ermessensschrumpfung Ausdruck dieser besonderen verwaltungsrechtlichen Konstellation wäre. Davon kann indes nicht die Rede sein. Die der Ermessensreduzierung zugrunde liegenden Erwägungen können bei einem unabhängigen Richter ebenso zutreffen wie bei einer

1) vgl. etwa BVerwGE 11, 95 (97) (Urt.v.18.8.60); BVerwG NJW 1963, 1890 (1891) m.w.N. (Urt.v. 12.7.1963); Bachof, JZ 1966, 436 (438); außerdem FN 2) S. 44

2) schließlich spricht man auch vom Legalitätsprinzip, § 152 Abs. 2, 163 StPO, wenn ein verwaltungsrechtlicher Rechtssatz der Behörde bindend vorschreibt, unter welchen bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge zu setzen ist. (Vgl. etwa Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, § 125 IV a 3 (S.59); Eb. Schmidt, Strafprozeßrecht (Kolleg), Anm. 104 (S. 61)

weisungsgebundenen Behörde. Bleibt dem Richter also wegen der Kollision mit § 244 Abs. 2 keine andere Möglichkeit, als dem Sachverständigen die Akten zu überlassen, so bedeutet dies nicht eine Abkehr von einer Ermessensregelung, sondern in diesen konkreten Fällen eine Ermessensreduzierung auf Null, ohne daß sich am grundsätzlichen Charakter des § 80 Abs. 2 etwas ändern würde.

V. Ermessensregelung auch im Interesse des Sachverständigen

Dieses Ergebnis liegt ungeachtet aller gegenteiligen Bekundungen nicht nur im Interesse der Strafverfolgungsbehörden und sonstigen Verfahrensbeteiligten, sondern auch im Interesse des Sachverständigen selbst. Zwar brächte aus ihrer Sicht eine andere Handhabung des § 80 Abs. 2 vordergründig nur eine Verbesserung ihrer Informationsmöglichkeiten, es sind allerdings auch negative Auswirkungen für das Gutachten selbst zu berücksichtigen, die auf den ersten Blick vielleicht übersehen werden könnten. Die aus der Aktenüberlassung möglicherweise resultierende "gefährliche Irreführung des Sachverständigen"¹⁾ kann sich zu einer Fehlerquelle für das Gutachten entwickeln. Damit sollen keinesfalls die fachlichen Qualitäten der betreffenden Sachverständigen in Zweifel gezogen werden. Die Gründe liegen bekanntlich auf anderer Ebene.²⁾

1) So Sarstedt NJW 1968, 177 (180)

2) vgl. Ausführungen S. 42/43

Fehlerhafte Gutachten zu vermeiden liegt natürlich nicht nur im Interesse der betreffenden Beschuldigten oder des für das Urteil verantwortlichen Richters, sondern auch der Sachverständigen selbst, die es daher begrüßen und nicht bekämpfen sollten, wenn sich der forensisch erfahrene Richter über die Erforderlichkeit der Aktenüberlassung Gedanken macht.

Die Gefahr negativer Auswirkungen auf das Gutachten läßt sich sicherlich auch dann nicht leugnen, wenn der Sachverständige die Akten erst nach vorheriger Prüfung durch den Richter zugesandt bekommt. Sie wird jedoch zwangsläufig reduziert und es kann nicht der Vorwurf erhoben werden, es sei nicht zuvor - zumal gesetzlich vorgeschrieben - das Für und Wider sorgfältig abgewogen worden.

VI. Vergleich mit anderen Prozeßvorschriften bezüglich Akteneinsicht

Unterstützung kann das bisherige Ergebnis möglicherweise auch durch einen Vergleich mit anderen Vorschriften finden, in denen der Gesetzgeber die Frage der Akteneinsicht geregelt hat. Neben Gericht und Staatsanwaltschaft hat nur noch die Verteidigung gemäß § 147 unter den dort genannten Voraussetzungen ein nicht beschränkbares Recht auf Akteneinsicht. Diese drei Gruppen stellen Organe der Rechtspflege dar, wenn auch mit unterschiedlichen Aufgaben. Der Sachverständige hingegen ist Beweismittel. Seiner Sonderstellung und der Besonderheit seiner Tätigkeit hat der Gesetzgeber durch Schaffung bestimmter Vorschriften - unter anderem eben des § 80 - Rechnung getragen. Diese Sonderstellung soll aber im Hinblick auf die Erlangung der Aktenkenntnis ersichtlich nicht soweit gehen, daß

eine Gleichstellung mit den Justizorganen erreicht wäre. Dem trägt das hier gewonnene Ergebnis Rechnung. Eine solche Gleichstellung läßt sich auch nicht mit Hinweis darauf begründen, der Sachverständige könne seine Funktion als "Richtergehilfe" nur dann in vollem Umfang erfüllen, wenn ihm gleicher Wissensstand wie dem Richter ermöglicht werde. Ausgehend von der eingangs vorgenommenen Stellungnahme zu der Problematik des "Richtergehilfen"¹⁾, muß hier noch einmal konstatiert werden, daß mit dieser Einstufung keine Ausweitung vom Gesetzgeber gewollter, aber zugleich beschränkter prozessualer Befugnisse des Sachverständigen einhergehen kann.

VII. Verbot der Muß-Vorschrift im Hinblick auf Unmittelbarkeitsgrundsatz

Eine Gleichstellung des Sachverständigen mit den Justizorganen verbietet sich schließlich noch aus einem anderen entscheidenden Grund. Der Sachverständige, der grundsätzlich keine juristische Ausbildung erfahren hat, könnte sich zu der Annahme verleitet sehen, den gesamten Akteninhalt zur Grundlage seines Gutachtens machen zu dürfen. "Die Akten bestehen aber größtenteils aus Dingen, bei denen das unzulässig ist."²⁾

1) vgl. oben S. 16 ff.

2) so Sarstedt a.a.O.; ebenso Löwe-Rosenberg-Meyer § 80 Rdnr. 3; § 78 Rdnr. 9; Pieper, ZZP 1971, 1(21), der die Problematik vor dem Hintergrund des Zivilprozesses anspricht, argumentiert, es müsse im Einzelfall genau geprüft werden, ob es "sachdienlich ist, dem Sachverständigen, der ja streitige Behauptungen nicht unbedingt von unstreitigen zu sondern weiß, die ganze Akte zu übersenden." Auf den Strafprozeß übertragen bedeutet dies, daß der Sachverständige oft nicht wissen wird, welche Tatsachen er seinem Gutachten zugrundelegen darf und welche nicht.

1) Grund für Gefahr des Verstoßes

Dies könnte einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz zur Folge haben, denn "der Akteninhalt darf natürlich auch nicht mittelbar dadurch zur Urteilsgrundlage gemacht werden, daß das Gutachten auf den Akten und das Urteil auf dem Gutachten beruht."¹⁾ Vielmehr darf nur das im Rahmen der Hauptverhandlung Festgestellte gemäß § 261 zur Urteilsgrundlage gemacht werden. Selbst wenn ein solcher Verstoß dem Sachverständigen nicht bewußt unterlaufen würde, so könnte er dennoch unbewußt Akteninhalte in seine Beurteilung miteinfließen lassen, ohne daß dies in jedem Fall erkennbar und damit für die Verfahrensbeteiligten nachprüfbar und gegebenenfalls angreifbar wäre.²⁾ Hier bietet sich eine Parallele zu dem Laienrichter an, dem der Gesetzgeber wegen fehlender juristischer Ausbildung auch nicht die Fähigkeit zusprechen mag, in der Hauptverhandlung nicht zur Sprache gekommene oder nicht bestätigte, in den Akten aber festgehaltene Fakten streng voneinander trennen zu können, dem deshalb Akteneinsicht verwehrt bleibt. Der Grund für eine solche Annahme ist - oben bereits angedeutet - darin zu sehen, daß der Jurist in seiner Ausbildung zu einer solchen Trennungsfähigkeit geschult wird, der Laie hingegen über diese Fähigkeit regelmäßig nicht verfügen wird.³⁾

1) Sarstedt a.a.O.

2) Diese Gefahr sieht auch Sarstedt a.a.O.: "Bisweilen ist es dann auch möglich zu beweisen, daß solche Dinge auch notwendige Grundlage des mündlichen Gutachtens geworden sind." Oft hält Sarstedt diese Möglichkeit also offensichtlich nicht für gegeben.

3) In ähnlicher Weise auch Pieper, ZZZ 1971, 1 (21)

2) Gefahr auch bei schriftlichem Aktenauszug

Die Gefahr, daß über das Gutachten mittelbar Fakten dem Urteil zugrundegelegt werden, die gar nicht Gegenstand der Hauptverhandlung geworden sind, kann auch nicht dadurch eliminiert werden, daß der Sachverständige seinem in der Regel zuvor schriftlich erstellten Gutachten eine Zusammenstellung des berücksichtigten Akteninhalts voranstellt, damit geprüft werden kann, von welchen tatsächlichen Voraussetzungen der Sachverständige ausgegangen ist.¹⁾

Damit wäre zwar die oben geforderte Überprüfbarkeit ermöglicht²⁾, indes kann auch dadurch nicht gänzlich ausgeschlossen werden, daß der Sachverständige Fakten nicht in den Aktenauszug aufnimmt, diese aber gleichwohl, wenn auch nur unterschwellig, "verarbeitet".

3) Differenzierung zwischen mündlichem und schriftlichem Gutachten

Daher vermag auch der Hinweis Rauchs³⁾, man müsse unterscheiden zwischen dem schriftlichen Gutachten, welches vor der Hauptverhandlung im

1) Einen solchen Aktenauszug fordert - wenn auch in etwas anderem Zusammenhang - Karpinski, NJW 1968, 1173; ähnlich Lürken, NJW 1968, 1161 (1165, FN 26); AA: Sarstedt, NJW 1968, 177 (180), der den Richter auffordert, im Rahmen seiner Befugnisse aus § 78 dem Sachverständigen zu verbieten, "in sein Gutachten einen Aktenauszug aufzunehmen. Adressat des Gutachtens ist das Gericht nebst Staatsanwalt und Verteidiger, und die können alle drei mit einem solchen Aktenauszug gar nichts anfangen!"

2) Anders Sarstedt a.a.O., der den Wert der Möglichkeit, etwa anhand eines Aktenauszuges Revisionsgründe zu entdecken, für gering erachtet und deshalb seine in FN 1) oben dargelegte Forderung aufstellt.

3) Rauch, NJW 1968, 1173 (1175)

Laufe des Ermittlungsverfahrens erstattet werde und dem relevanten mündlichen Gutachten in der Hauptverhandlung, "das selbstverständlich nur auf dem beruhen kann, was in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist", differenzieren, in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen. Wer will denn die Gewähr dafür übernehmen, daß der Sachverständige, der sich in seinem schriftlichen Gutachten anhand des Akteninhalts in bestimmter Weise festgelegt hat, sich zu einem anderen Ergebnis durchringen würde, wenn er aufgrund des Verlaufs der mündlichen Verhandlung gehalten wäre, bestimmte Fakten nicht mehr zu berücksichtigen? Kann nicht das, was für einen Juristen als zwingende Folge des Unmittelbarkeitsgrundsatzes selbstverständlich ist, dem Sachverständigen vorkommen wie ein Widerruf seines vorherigen Urteils, wie das Eingeständnis einer vorher getroffenen Fehlentscheidung? Es dürfte nicht weltfremd sein und auch keine Geringschätzung gutachterlicher Fähigkeiten bedeuten, wenn man in einem solchen Fall die Befürchtung hegt, der Sachverständige könnte - auch angesichts der neuen Tatsachenlage - versuchen, sein einmal abgegebenes Urteil aufrecht zu erhalten. Außerdem muß befürchtet werden, daß möglicherweise Fakten, die sich in der Hauptverhandlung neu oder verändert herausstellen, übergangen werden, weil sie nicht mehr in das vorher errichtete Bild passen.¹⁾

1) Diese Gefahr sieht auch Altavilla, Bd. 2, 288, unter Bezugnahme auf Locard, 222/223 (bei Altavilla allerdings unter der franz. Ausgabe zitiert), wenngleich er im Ergebnis dessen Ansicht bzgl. der Akteneinsicht nicht teilt.

4) Beschränkung dieser Gefahr bei richterlicher
Ermessenstätigkeit

Diese Gefahren lassen sich natürlich auch dann nicht eliminieren, wenn der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden kann, ob dem Sachverständigen vollständige Akteneinsicht gewährt werden soll oder ob ihm nur ein Teil der Akten oder eine Zusammenfassung bzw. Sachdarstellung vorgelegt werden soll. Die oben aufgezeigte Situation kann sich natürlich auch in diesen Fällen ergeben. Darum wendet Rauch¹⁾ ein, die Logik des Vorschlages, daß der Richter dem Sachverständigen eine kurze Sachdarstellung gebe²⁾, leuchte deshalb nicht ein, weil die Sachdarstellung des Richters "ja auch nur auf dem Akteninhalt beruhen" könne und daher könnten auch in diese Sachdarstellung Fakten einfließen, die in die spätere Hauptverhandlung nicht eingeführt werden.

Dem läßt sich entgegenhalten, daß der Richter aufgrund seiner beruflichen Erfahrung doch oftmals in der Lage sein dürfte, derartige Gefahrenpunkte vorab zu erkennen und darauf zu reagieren, indem er dem Sachverständigen die Kenntnisnahme solcher Tatsachen zunächst vorenthält und den Gang der Hauptverhandlung abwartet. Sollten diese Tatsachen später dann doch Gegenstand der Hauptverhandlung werden, hat der Sachverständige immer noch Gelegenheit, sie bei seinem mündlichen Gutachten zu berücksichtigen.³⁾ Der Sachverständige könnte dann aber für sich in Anspruch nehmen, sein Gutachten deshalb verändert haben zu müssen, weil er bei seinem

1) Rauch a.a.O.

2) vgl. Sarstedt, NJW 1968, 177 (180)

3) so auch Karpinski, NJW 1968, 1173

schriftlichen, inzwischen überholten Gutachten von einer anderen Tatsachenlage ausgegangen war. Dies ist eine - zumindest aus der Sicht des Sachverständigen - ganz andere Situation, als wenn dieser von vornherein sämtliche Tatsachen gekannt hat, im nachhinein aber nun etwas von seinem Wissen unterdrücken soll. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein Sachverständiger aufgrund neuer Erkenntnisse ohne die Befürchtung eigener Gesichtsverluste zu einer anderen Beurteilung kommt, erscheint ungleich größer als die, daß er, weil ihm bekannte Fakten aus prozessualen Gründen nun nicht mehr zur Verfügung stehen, sein vorheriges Urteil wegen eben dieser Befürchtung abändert.

Der Umstand, daß der Sachverständige bei der Erstellung seines schriftlichen Gutachtens immer von Tatsachen ausgehen muß, von denen er nicht weiß, ob er diese dann angesichts des Verlaufs der Hauptverhandlung tatsächlich zugrundelegen darf, kann nicht als Argument dafür herangezogen werden, daß man dem Sachverständigen dann auch ohne zusätzliche Bedenken im Hinblick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz Einblick in die Akten gewähren sollte, in denen ja letztlich auch nur noch nicht erwiesene Fakten enthalten sind.¹⁾

Eine Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit kommt - wie oben gezeigt - immer dann in Betracht, wenn das Urteil auf Fakten basiert, die nicht justizförmig in die Hauptverhandlung eingeführt worden sind. Nicht entscheidend

1) So auch Rauch a.a.O.: "Auch wenn das Gutachten zum Schlusse der Beweisaufnahme erstattet wird, muß es der Gutachter immer auf Hypothesen stützen, denn erst im Urteil wird festgelegt, was das Gericht als erwiesene Tatsache ansieht."

hingegen kann sein, welche Fakten das Gericht letztlich als erwiesen ansieht und tatsächlich zu seiner Urteilsgrundlage macht. Sonst könnte der Sachverständige praktisch immer erst nach Urteilsverkündung tätig werden. Somit geht der Sachverständige zwar zunächst in diesem Sinne von Hypothesen aus, da seine vorbereitende Tätigkeit ansonsten gar nicht möglich wäre. Erst das Gericht kann entscheiden, welche Tatsachen als erwiesen anzusehen sind und welchen allein darauf basierenden Ergebnissen des Sachverständigen Bedeutung zukommen kann.

5) Erfordernis zur Vermeidung eines Verstoßes?

Auch der mit den vorgebrachten Bedenken bezüglich des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in Zusammenhang stehende Einwand von Rauch, der Sachverständige müsse den gesamten Akteninhalt kennen, gerade um der Forderung gerecht werden zu können, sein Gutachten allein auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung aufzubauen, da er nur dann in der Lage wäre, durch entsprechende Fragen an einen Zeugen beispielsweise die Grundlagen für sein Gutachten in justizförmiger Weise einzuführen¹⁾, kann eine andere rechtliche Bewertung nicht begründen. Man wird von einem forensisch tätigen Sachverständigen erwarten dürfen, daß er sich auch ohne Kenntnis der Akten dazu imstande sieht. Gegebenenfalls müßte er sonst die Übernahme des Auftrages ablehnen.

Nach alledem muß an der Überzeugung festgehalten werden, daß eine uneingeschränkte, automatisch mit Auftragserteilung erfolgende Aktenüberlassung angesichts des Gesetzeswortlautes nicht zu ver-

1) vgl. Rauch a.a.O.

treten ist. Wer dies nicht im Grundsatz anerkennen will, muß sich meines Erachtens fragen lassen, ob er nicht den besseren Weg mit dem bequemeren verwechselt. Daß der bequemere im Einzelfall der bessere, sogar einzig gangbare sein kann, soll hier gar nicht in Abrede gestellt werden. Nur kann er im konkreten Fall auch der schlechtere sein. Mit der Ermessensvorschrift des § 80 Abs. 2 hat der Gesetzgeber versucht, die Anzahl dieser letztgenannten Fälle durch Einflußnahme des Gerichts auf ein möglichst geringes Maß zu reduzieren.

VIII. Keine generelle Aktenverweigerung bzw. nachträgliche Akteneinsicht

Da in den bisherigen Ausführungen mehrfach deutlich wurde, daß die Ermessensprüfung durch den Richter bestimmte prozessuale Bedenken zwar diminuieren, kaum aber eliminieren kann, könnte man auf den Gedanken verfallen, eine grundsätzliche Aktenverweigerung für die beste Lösung zu halten.¹⁾ "Der Sachverständige ist kein Richter: er hat die Dinge nicht vom Standpunkte der Moral aus zu beurteilen," fordert Locard²⁾ und fährt an anderer Stelle fort: "Seine Pflicht ist, den eigentlichen Prozeß ganz außer acht zu lassen."³⁾ Daraus zieht er die folgende Schlußfolgerung: "In keinem Fall dürfte der Sachverständige die Straftaten in die Hand bekommen, wenigstens darf er von ihnen nicht Kenntnis nehmen, bevor er seine Arbeit abgeschlossen hat!"⁴⁾

1) So etwa Locard, 222/223; auch Rauch a.a.O., scheint in der generellen Verweigerung die einzige Alternative zur uneingeschränkten Einsicht zu sehen.

2) Locard, 222

3) Locard, 223

4) Locard, 223; vgl. dazu die kritische Betrachtung von Altavilla, Bd. 2, 287/288

Diese Forderung Locards kann - zumindest in der Absolutheit, mit der sie erhoben wird, keine Zustimmung finden. Kann man noch darüber streiten, ob aus bestimmten prozessualen Erwägungen, insbesondere im Hinblick auf § 244 Abs. 2 eine uneingeschränkte Akteneinsicht affirmiert werden sollte, so läßt sich die umgekehrte Lösung mit dem Gesetz offensichtlich nicht mehr in Einklang bringen. Sie überzeugt aber auch nicht in ihrer Argumentation. Daß der Sachverständige allein bestrebt sein muß, der Wahrheitsfindung zu dienen, bedarf keiner näheren Begründung. Dies gilt in gleichem Maße für alle Verfahrensbeteiligten und Beweispersonen. Es ist auch keine Frage, daß bestimmte Gruppen von Sachverständigen - zu denken wäre etwa an Kfz- oder Schriftsachverständige¹⁾ - der Akten gar nicht bedürfen werden, um das gewünschte Gutachten zu erstellen. Für den psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen kann dies indes nicht gelten.²⁾ Hier könnte eine Verweigerung der Akten im konkreten Fall - darauf wurde oben bereits deutlich hingewiesen - Nichtwissen von zur umfassenden Gutachtertätigkeit unverzichtbaren Tatsachen und - daraus resultierend - ein Fehlgutachten bedeuten. Dies ließe sich auch nicht dadurch ausräumen, daß der Sachverständige das Prozeßgeschehen "nach Beendigung seiner

1) Altavilla, 288, nennt dazu noch die Beispiele des Chemikers, des Histologen und des Geologen, die alle zur Erstellung ihres Gutachtens der Prozeßgeschichte nicht bedürften.

2) So im Ergebnis auch Altavilla a.a.O.

Arbeit"¹⁾ studiert. Nur wenige Sachverständige dürften sich bereit finden - dies wurde bereits oben in anderem Zusammenhang expliziert - ihre zuvor gewonnene Überzeugung zu revidieren, da sie befürchten würden, ihre Revision werde von den anderen als Resultat unzulänglicher Arbeit oder mangelnder Qualifikation angesehen.²⁾

Daher kann der Forderung Locards, mag sie theoretisch im Interesse absoluter objektiver Wahrheitsfindung noch so wünschenswert erscheinen, weil ein "von den spezifischen Ergebnissen eines Prozesses" nicht suggeriertes Gutachten eine "unzweifelhafte Garantie für Objektivität" darstellen würde³⁾, nicht zugestimmt werden.

IX. Zusammenfassung: Ermessensentscheidung

Im Ergebnis bleibt zu konstatieren, daß die Aktenüberlassung gemäss § 80 Abs. 2 nicht grundsätzlich mit der Auftragserteilung Hand in Hand gehen darf, daß vielmehr der Richter auf Verlangen des Sachverständigen im konkreten Fall die jeweilige Notwendigkeit zu prüfen und darüber

1) Locard a.a.O.

2) so auch Altavilla a.a.O., der als Beispiel den Fall der psychiatrischen Begutachtung eines epileptischen Totschlägers anführt: "Der Sachverständige untersucht den Täter viele Monate nach der Tat und ist sogleich überrascht über dessen bis ins einzelne gehende Angaben über das Geschehnis. Er gewinnt daraus die unverrückbare Überzeugung, daß der Beobachter damals nicht in einem Zustande geistiger Absenz handelte. Kennte er nun die Akten, so wüßte er, daß der Kranke sich lange Zeit an nichts erinnert und erst langsam auf Grund der Erzählungen anderer seine Gedächtnislücke aufgefüllt hatte. Er wüßte, daß der Täter neben seinem Opfer schlafend aufgefunden worden war."

3) So Altavilla a.a.O., der dies allerdings auf bestimmte Sachverständigengruppen beschränkt - vgl. FN 1) auf S. 56 - und diese Folgerung für den mit der Psyche des Menschen beschäftigten Sachverständigen gerade nicht gelten läßt.

nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat, weil "für das eine wie für das andere gute Gründe sprechen"¹⁾ können.

X. Kriterien für Ermessensausübung

1) Abwägungsgesichtspunkte

Die Kriterien, an denen der Richter sich bei seiner Ermessensentscheidung ausrichten muß, sind im Verlauf der bisherigen Erörterungen bereits angedeutet worden.

Entscheidender Gesichtspunkt ist die Notwendigkeit der Akteneinsicht, die sich wiederum ergibt aus einer Abwägung des Erfordernisses, dem Sachverständigen alle Möglichkeiten zur Sicherung eines möglichst optimalen objektiven Urteils zu geben und der Gefahr, durch die Aktenkenntnis nicht mehr unvoreingenommen und unbeeinflusst arbeiten zu können.²⁾

Enger eingegrenzte Kriterien können nicht aufgestellt werden, da die Ermessensentscheidung so sehr von dem jeweiligen Einzelfall abhängig ist, daß eine Generalisierung nicht möglich scheint.³⁾

Im übrigen sollte sich der Richter auch vor Augen führen, daß die Alternative "Akteneinsicht - ja oder nein?" nicht zwingend ist, daß es vielmehr auch richtig und adäquat sein kann, dem Sachverständigen einen Aktenauszug oder eine Zusammenfassung zu geben.⁴⁾ Nur wenn das Recht des Sachverständigen auf Akteneinsicht gem. § 80 Abs. 2 in diesem Sinne verstanden wird, kann

1) So Panhuysen, 62

2) vgl. dazu Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S. 311); Lürken, NJW 1968, 1161 (1164/1165)

3) so auch Hepner, Kriminologische Schriftenreihe, Bd. 21 (1966), 81

4) so ja auch Sarstedt, NJW 1968, 177 (180); Wellmann-Wiesen, 96

dem Willen des Gesetzgebers und den Interessen aller Beteiligten genügt werden.

2) Ausübung auf Grundlage des § 78

Zur Durchsetzung dieses Zieles muß § 80 in engem Zusammenhang mit § 78 gesehen werden¹⁾, einer, wie Sarstedt sicherlich nicht zu Unrecht bemerkt, "nicht weniger wichtigen und in der Praxis nicht weniger allgemein vernachlässigten Vorschrift"²⁾, durch die der Gesetzgeber dem Richter aufgetragen hat, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten, soweit ihm dies erforderlich erscheint.

Daß diese Leitung sich grundsätzlich nicht auf fachliche Fragen erstrecken kann, bedarf keiner näheren Erläuterung.³⁾ Dies verbietet sich ganz einfach aus dem Mangel an Fachkenntnissen, welcher die Zuziehung des Sachverständigen überhaupt erst erforderlich macht. Daß diese Leitung aber dort zur Anwendung kommen muß, wo es um die prozessuale Stellung des Sachverständigen geht,

1) so z.B. Krauß, ZStW, 320 (326), der sogar behauptet: "Mit § 78 fällt § 80"; ähnlich Sarstedt, NJW 1968, 177 (180); Lürken, NJW 1968, 1161 (1163); Wellmann-Wiesen, 92/93; Krafft, 37

2) Sarstedt a.a.O.; ebenso Jessnitzer, Der Sachverständige, 55; Eb. Schmidt, JZ 1957, 229 (230)

3) BGH NJW 1967, 116 (119) (Beschl.v. 9.12.1966); Bremer, 163; Zachariä, Grundlinien, 195; einschränkend aber Jessnitzer a.a.O., der im Rahmen des § 78 u.U. auch eine fachliche Überwachung für zulässig erachtet. Als Beispiel führt er die Überwachung durch die Gerichte an, die sich auf die Annahme der Fahruntüchtigkeit bei einem Blutalkoholgehalt von 1,3 o/oo gründet. Dies dürfte indes weniger eine Frage der Leitung i.R.d. § 78 sein als vielmehr der freien Beweiswürdigung. Die gleiche Behandlung erfolgt im Interesse der Rechtssicherheit und Gleichheit der Betroffenen.

um die Frage des rechtlichen Dürfens, kann ebensowenig Zweifeln unterliegen.¹⁾ Der Richter ist vom Gesetzgeber dazu aufgerufen, den Sachverständigen bei Bedarf zuzuziehen und ihm dann den ihm gebührenden Platz innerhalb des Verfahrens zuzuweisen, wobei dies nicht im Sinne eines Subordinationsverhältnisses verstanden werden darf, da dies zu Mißverständnissen und Schwierigkeiten im Verhältnis Richter/Sachverständiger führen müßte, sondern im Sinne einer Hilfe zur Vermeidung rechtlicher Schwierigkeiten oder Verstöße.²⁾ Darum muß die Befugnis zur Leitung im Sinne des § 78 nicht nur "als ein dem Richter eingeräumtes Recht"³⁾ verstanden werden; vielmehr hat der Gesetzgeber diese Vorschrift eingeführt, damit der Richter "das Gutachten zu einem sinnvollen, vom Richter beherrschten Instrument einer richterlichen Entscheidung machen kann."⁴⁾

D. Exploration als Mittelpunkt der Sachverständigentätigkeit

Stellt die Kenntnis der Akten nur eine Vorbereitung auf die eigentliche Gutachtertätigkeit dar - ohne daß mit dieser Feststellung ihre Bedeutung zur Erlangung von Anknüpfungstatsachen geschmälert werden soll -, so erweist sich die Exploration als entscheidender Bestandteil jeder psychologischen bzw. psychiatrischen Sachver-

1) vgl. dazu Bremer, 163/164; Jessnitzer a.a.O.; Krauß, ZStW, 320 (326); Müller, 346

2) so etwa Schorn, GA 1965, 299 (300)

3) Wellmann-Wiesen a.a.O.

4) Krauß a.a.O.

ständigentätigkeit. "Klassischer Abschluß jeder psychodiagnostischen Untersuchung ist die Exploration."¹⁾

I. Begriff der Exploration

1) Fehlende Legaldefinition

Aufnahme in die Prozeßordnung hat dieser Begriff trotz seiner Relevanz gleichwohl nicht gefunden. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, daß es sich um einen Begriff aus dem Bereich der Psychologie und Psychiatrie handelt, der im Zusammenhang mit dem Sachverständigenbeweis Eingang in den juristischen Sprachgebrauch gefunden hat. Bei Schaffung der StPO war die Bedeutung der Exploration, die ihre Normierung zur Folge hätte haben können, noch nicht voraus-
zusehen.²⁾ Aus der fehlenden Normierung resultiert eine ebenfalls nicht vorhandene klare Begriffsbestimmung, wenngleich ein grundsätzlich übereinstimmendes Verständnis sicherlich gegeben sein dürfte.

2) Definition des BGH

Nach Meinung des BGH ist die Exploration "keine Vernehmung im verfahrensrechtlichen Sinne, die allein dem Gericht und der Staatsanwaltschaft

1) Müller-Luckmann, Die psych. Begutachtung, 130 (140/141); ähnlich Wüst, 51; Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (358)

2) Panhuysen, 77/78 weist allerdings - im Zusammenhang mit § 81 c - darauf hin, daß der Gesetzgeber im Zuge der zahlreichen Gesetzesänderungen Gelegenheit gehabt hätte, "eine durch die Entwicklung der forensischen Psychologie möglicherweise angezeigte Ergänzung vorzunehmen."

vorbehalten ist, sondern eine Anhörung der Beschuldigten, die der Beschaffung von tatsächlichen Unterlagen für die Erstattung des Gutachtens dient und ohne die ein Sachverständiger je nach Lage der Umstände nicht auskommen kann."¹⁾

3) Stellungnahme und Erweiterung

Diese Definition enthält zweifellos entscheidende Kriterien. Anspruch auf Vollständigkeit kann sie aber schon deshalb nicht erheben, weil sie auf die "Anhörung des Beschuldigten" restringiert ist. Dies kann nicht ausreichend sein, da gerade die Überprüfung der Glaubwürdigkeit von Zeugen Gegenstand zahlreicher Explorationen ist.²⁾

Außerdem kann die Exploration im Einzelfall nicht nur "Anhörungen"³⁾, sondern auch begleitende Experimente umfassen, allerdings nicht im Sinne körperlicher Eingriffe.⁴⁾ "Die experimentell ausgestaltete Ausforschungsmethode geht über den Rahmen einer schlichten Vernehmung zum Tatgeschehen, wie sie der Richter praktiziert, hinaus."⁵⁾ Inwieweit dies zulässig ist bzw. besonderer Voraussetzungen bedarf, wird unten zu erörtern sein. Es mag allerdings auch nicht die Absicht des BGH gewesen sein, eine umfassende Definition aufzustellen. Offensichtlich beschränkte der BGH sich bewußt auf die Person des Angeeschuldigten, da die der Entscheidung

1) BGH 3 StR 385/51 (Urt.v. 13.2.1951); ähnlich Schuster, 44: "So ist die sog. Exploration nichts anderes als ein Gespräch, ein Interview."

2) vgl. dazu Panhuysen, 71; Schuster, 44

3) vgl. FN 1) dieser Seite

4) Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235); Müller-Luckmann, Die psych. Begutachtung, 130 (140/141)

5) Wüst, 55

zugrundeliegende Revision moniert hatte, "daß der medizinische Sachverständige die Angeklagte über die Tat selbst ausgeforscht habe."¹⁾

Der BGH wollte also mit seiner Definition eine grundsätzliche Beschränkung auf die Person des Beschuldigten vermutlich nicht aussprechen.

Es kann daher auch Ziel der Exploration sein, "die Glaubwürdigkeit des Zeugen im allgemeinen und in dem speziell durch das Tatgeschehen gebildeten Zusammenhang"²⁾ zu untersuchen.

Die vom BGH aufgestellte Definition zugrundeliegend und auf den Zeugen entsprechend erweiternd, wird man die Exploration definieren können als Ausforschung von Zeugen und Beschuldigten, die der Beschaffung von Unterlagen für ein psychologisches oder psychiatrisches Gutachten dienen soll.

II. Gesetzliche Grundlage

Da die Exploration - wie bereits erwähnt - im Gesetz an keiner Stelle geregelt ist, fehlt auch eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die dem Sachverständigen das Recht zur Exploration gegenüber Zeugen und Beschuldigten einräumt. Die Exploration könnte sich jedoch auf eine der Vorschriften der §§ 80 Abs. 1, Abs. 2, 81, 81 a, 81 c stützen lassen, in denen dem Sachverständigen bestimmte Rechte zur Vorbereitung seines Gutachtens eingeräumt werden. Es ist daher im weiteren zunächst der Inhalt der Rechte der §§ 80 ff. zu untersuchen.

1) BGH a.a.O.

2) Pankhysen a.a.O.

- 1) Rechte des Sachverständigen aus § 80 Abs. 1 und 2

§ 80 regelt neben der Frage der Akteneinsicht die weiteren Möglichkeiten des Sachverständigen, sich Grundlagen für sein Gutachten zu beschaffen. Bezugnehmend auf die zur Akteneinsicht gemachten Ausführungen ist zunächst voranzustellen, daß es sich auch bei den übrigen, in § 80 Abs. 1 und Abs. 2 genannten Möglichkeiten um Ermessensentscheidungen des Gerichts handelt.¹⁾ Auf diese Problematik braucht daher an dieser Stelle nicht noch einmal eingegangen zu werden. Gemäß § 80 I kann dem Sachverständigen auf sein Verlangen durch Vernehmung von Zeugen oder Beschuldigten weitere Aufklärung verschafft werden. Gemäß Abs. 2 kann ihm gestattet werden, der Vernehmung von Zeugen oder Beschuldigten beizuwohnen und an sie unmittelbar Fragen zu stellen.²⁾

1) vgl. Ausführungen S. 31 f.
(mit den dortigen FN)

2) § 80 Abs. 2 gilt unstreitig auch für die Hauptverhandlung. (vgl. u.a. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 80 Rdnr. 3; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80 Rdnr. 9; KMR, § 80, Rdnr. 3) und auch für den Fall, daß der Sachverständige in der Hauptverhandlung auch selbst als Zeuge auftritt. Insoweit trifft § 80 Abs. 2 eine Sonderregelung gegenüber § 243 Abs. 2 (vgl. dazu RGSt 22, 434 (435) (Urt. v. 25.3.1891); RGSt 52, 161 (162) (Urt. v. 2.3.1918); dabei entscheidet das Gericht über die Anwesenheit des Sachverständigen i.R.d. § 80 Abs. 2 nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei die Entscheidung davon abhängig zu machen ist - vgl. obige Ausführungen zur Akteneinsicht -, ob der Sachverständige nach Ansicht des Gerichts zu einer optimalen Wahrnehmung seiner Aufgaben nur bei Teilnahme an den Erörterungen des Gerichts mit Angeklagten und Zeugen imstande ist (vgl. etwa Eb. Schmidt, Teil II, § 80 Rdnr. 3).

a) Voraussetzungen der Heranziehung als
Explorationsgrundlage

Für ein eigenes Explorationsrecht des Sachverständigen könnte § 80 unter zwei Voraussetzungen als Grundlage dienen: es müßte sich aus dieser Vorschrift zunächst ein eigenes Vernehmungsrecht des Sachverständigen ableiten lassen und auf dieses müßte sich dann wiederum - im Hinblick auf eine etwaige Komparabilität zwischen Vernehmung und Exploration - ein Explorationsrecht stützen lassen.

aa) Inhaltliche Überschneidungen

Um letztgenannte Voraussetzung bejahen zu können, müssen zunächst die Begriffe der Exploration und Vernehmung miteinander verglichen werden. Die Exploration wurde oben definiert als Ausforschung von Zeugen und Beschuldigten zur Beschaffung von Unterlagen für ein Gutachten.¹⁾ Obgleich der Begriff der Vernehmung in zahlreichen Vorschriften auftaucht,²⁾ gibt es keine Legaldefinition. Man kann diese indes unschwer festlegen: "Vernehmen heißt nämlich, jemanden über sein Wissen von Täter und Tat befragen und seine Beziehungen zum Tatgeschehen erforschen. Das Ziel der Vernehmung im strafrechtlichen Verfahren ist die Erforschung der Wahrheit (§ 244 Abs. 2) über die "in der Anklage bezeichnete Tat" (§ 264 Abs. 1).³⁾

1) vgl. oben S. 63

2) So in den §§ 115 Abs. 2, Abs. 3 S.1, 115 a Abs. 2 S.1, Abs. 3 S.1, 128 Abs. 1 S.2, 133 ff. 163 a Abs. 1, Abs. 2-5, 166 Abs. 1, 187, 192 Abs. 2, 243 Abs. 2 S.2, Abs. 4 S.2, 244 Abs. 1, 324 Abs. 2, 429 c Abs. 2, Abs. 3

3) Panhuysen, 67, 71

Zwar differenziert beispielsweise der BGH in der bereits zitierten Entscheidung ausdrücklich zwischen "Vernehmung im verfahrensrechtlichen Sinne" und Exploration¹⁾; dennoch deuten sich inhaltliche Überschneidungen an, - auch eine Vernehmung ist eine "Anhörung, die der Beschaffung von tatsächlichen Unterlagen dient"²⁾- die sogar bis zur partiellen Identität führen können, wenn man die Exploration auch zur Tat selbst zuläßt.³⁾

bb) Unterschiedliche Zielsetzung

Andererseits soll aber nicht verkannt werden, daß die Zielsetzung bei einer Vernehmung einerseits, einer Exploration andererseits grundsätzlich unterschiedlicher Natur ist. Ziel des Vernehmenden ist es, die Wahrheit über Tat und Täter herauszubekommen⁴⁾, während die Exploration die Erforschung der Persönlichkeit und der Psyche zum Ziel hat.⁵⁾

1) BGH 3 StR 385/51 (Urt.v.13.2.1951). Der BGH hat diese verbale Differenzierung allerdings offensichtlich nur im Hinblick auf § 80 vornehmen wollen. Allerdings nicht in erster Linie, um dem Sachverständigen ein Vernehmungsrecht zu versagen, sondern um ihm eine "Exploration über die Tat" - vgl. BGH a.a.O. - unter Berufung auf § 80 nicht zu verweigern. (Auf diese Entscheidung wird später im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eigener Ermittlungen des Sachverständigen noch einzugehen sein.)

2) BGH a.a.O.

3) vgl. dazu Ausführungen S. 80 ff.

4) siehe etwa Gössel, Strafverfahrensrecht § 4B II (S. 54/55) und § 23 A I (S. 184/185); Kern-Roxin, § 25 III (S. 121 f); Eb. Schmidt, Lehrbuch, § 42 V (S. 302)

5) so z.B. Panhuysen, 67; Schuster, 44; aa: Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr. 6: "Ein Unterschied zwischen Vernehmung und Exploration besteht nicht" (unter Berufung auf Krafft, 79).

Insofern kann man "der Intention nach Exploration und Vernehmung im verfahrensrechtlichen Sinne unterscheiden."¹⁾ Daß auch die Exploration letztlich der Wahrheitsfindung dienen soll, rechtfertigt keine andere Beurteilung; in diesem Sinne dient der gesamte Strafprozeß der Wahrheitsfindung. Die Divergenz bezüglich der Zielsetzung wird durch die unterschiedlichen Aufgaben der beiden Personengruppen bedingt. **Sie ändert jedoch nichts an der potentiellen inhaltlichen Übereinstimmung von Exploration und Vernehmung.**

cc) Beschränkung auf richterliche Vernehmungskompetenz

Diese ist allerdings begrenzt. Sie kann nur solche Fragen umfassen, die auch der Richter im Rahmen seiner Vernehmung zu stellen befugt wäre. Ist der Richter bei der Vernehmung des Beschuldigten grundsätzlich von dessen freiwilliger Mitarbeit abhängig, so geht die Zeugenpflicht gemäß § 68 wenigstens so weit, wie seine Glaubwürdigkeit in der konkreten Sache in Zweifel steht, wobei nicht unbestritten ist, wie weit die Zeugnispflicht im Einzelfall gehen kann.²⁾ Unstreitig ist allerdings dem Richter nicht das Recht verliehen, etwa in eine Vernehmung auch Fragen zum Geisteszustand einzubauen.³⁾ Auf Fragen dieser Art darf der Zeuge schweigen, ohne sich eine Verletzung seiner Zeugnispflicht zum

1) Panhuysen, 71

2) vgl. dazu etwa BGHSt 7, 82 (Urt. v. 14.12.1954) einschränkend OLG Hamm JZ 1957, 186 (Beschl. v. 29.6.1956); zustimmend Panhuysen, 76

3) vgl. RG HRR 1928, Nr. 2330 (Urt.v.24.9.1928) Panhuysen, 74

Vorwurf machen lassen zu müssen. Die Zeugnispflicht umfaßt also nicht "eine geistige und seelische Untersuchung sowie eine Beobachtung auf seinen Geisteszustand."¹⁾

Diese Überlegungen zugrundelegend, wird erklärlich, daß eine inhaltliche Übereinstimmung von Vernehmung und Exploration nur begrenzt sein kann, zudem noch zu einem großen Teil davon abhängt, ob eine Exploration zur Sache zugelassen werden soll oder nicht. Unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich also schon Bedenken bzgl. der Vergleichbarkeit von Vernehmung und Exploration, wenngleich Parallelen im äußeren Ablauf unübersehbar sind.²⁾

b) Kein Vernehmungsrecht aus § 80

Hinzu kommt, daß man letztlich ein eigenes Vernehmungsrecht des Sachverständigen auch nicht bejahen kann. Weder Abs. 1 noch Abs. 2 des § 80 lassen sich in diesem Sinne interpretieren. Könnte der Wortlaut des Abs. 1 - für sich betrachtet - noch Zweifel dahingehend lassen, daß damit sowohl die Möglichkeit gemeint sein könnte, daß Vernehmungen allein durch die Strafverfolgungsorgane vorgenommen werden können für den noch Aufklärung benötigten Sachverständigen, als auch die Möglichkeit eigener Vernehmungen durch den Sachverständigen³⁾, so werden derartige Zweifel durch den Zusammenhang mit Abs. 2 ausgeräumt. Da Abs. 2 im

1) Panhuysen, 76

2) Panhuysen, 71

3) Dies räumt auch Panhuysen, 65 ein; Wüst, 54, stellt zwar ausdrücklich fest, § 80 Abs. 1 gebe kein Vernehmungsrecht, schließt dies aber offensichtlich nicht allein aus dem Wortlaut des Abs. 1.

Verhältnis zu Abs. 1 die rechtlichen Möglichkeiten des Sachverständigen extensiviert - das Recht zur eigenen Anwesenheit und Fragestellung bei Vernehmungen ist fraglos ein "Mehr" gegenüber dem Vernehmenlassen durch die Strafverfolgungsorgane -, ein Recht zu selbständiger Vernehmung aber auch in Abs. 2 nicht normiert ist, muß der Schluß gezogen werden, daß in § 80 eine Vernehmung durch den Sachverständigen ohne gleichzeitige Anwesenheit von Strafverfolgungsorganen nicht vorgesehen ist¹⁾, "wenn diese Regelung als sinnvoll und nicht als überflüssig bezeichnet werden soll."²⁾

Folglich kann § 80 als gesetzliche Grundlage für eine Ausforschung durch den Sachverständigen nicht herangezogen werden.

2) § 81 als denkbare gesetzliche Grundlage

Gleiches muß auch für die anderen Vorschriften der §§ 81, 81 a, c gelten.

§ 81 gibt dem Sachverständigen das Recht, unter den dort genannten Voraussetzungen den Beschuldigten in einem öffentlichen psychiatrischen

1) so die absolut h.M., vgl. u.a. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 80 Rdnr.1; Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S.311); Bockelmann, GA 1955, 321 (331); Sarstedt, NJW 1968, 177 (180/181); Weimann, JR 1951, 198 (199/200); Krauß, ZStW 1973, 320 (323); Panhuysen, 65; Krafft, 30/31; Wellmann-Wiesen, 95/96; Wüst, 54; Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (362); Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr.1, 4 und 6; aA: Altavilla, Bd. 1, 365, der aber offensichtlich mit der Verneinung einer Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen die Konsequenz verbindet, daß der Sachverständige dann mit dem Betreffenden gar nicht sprechen dürfe und deshalb diese Negierung nicht unterstützen will.

2) So Panhuysen a.a.O.

Krankenhaus zu beobachten. Das Gesetz spricht von "Beobachtung" und daher stellt Eb. Schmidt zu Recht fest: "§ 81 gestattet eine "Beobachtung" des Beschuldigten auf seinen Geisteszustand, nichts anderes."¹⁾ Der Umstand, daß die in § 81 ausgesprochene Regelung einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit und Unverletzlichkeit darstellt²⁾, kann nicht zu dem Schluß a maiore ad minus berechtigen, dann müsse ja wohl erst recht eine Befragung durch den Sachverständigen zur Person oder zur Sache als ein Minus gegenüber diesem Eingriff in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG für die Dauer dieser Beobachtung mit umfassen. Abgesehen davon, daß damit nur ein ganz geringer Teil von Explorationen getragen würde, - eine Generalisierung über die Einweisungsfälle des § 81 hinaus ist nicht möglich - ergibt sich gerade aus dem Umstand, daß die Maßnahme nach § 81 eine erhebliche Beeinträchtigung der Freiheit des Beschuldigten bedeutet, das Erfordernis enger Auslegung der dem Sachverständigen eingeräumten Befugnisse.³⁾ Dafür spricht neben dem Wortlaut des § 81 auch die in § 80 im Hinblick auf Vernehmungen getroffene gesetzliche Regelung, die grundsätzlich auch für die in § 81 angesprochenen Fälle bezüglich einer etwaigen Vernehmung gelten muß. Etwas anderes kann sich

1) Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81, Rdnr. 23; Langelüddeke-Bresser, 329, weisen ausdrücklich darauf hin, daß die Unterbringung gem. § 81 z.B. nicht zur Begutachtung der Glaubwürdigkeit angeordnet werden könne.

2) dazu Löffler, NJW 1951, 821

3) so auch Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81, Rdnr. 24, der aber gleichzeitig auf das Erfordernis prozeßförmiger Einbringungs solcher Äußerungen in die Hauptverhandlung hinweist.

nur bei freiwilligen Äußerungen eines Beschuldigten ergeben.¹⁾ Außerdem kann von einem Mehr-Weniger-Verhältnis nicht die Rede sein. Eine Einweisung zur Beobachtung und eine Exploration sind zwei voneinander verschiedene, differenzierte Behandlung fordernde Maßnahmen. Ein Explorationsrecht des Sachverständigen läßt sich demzufolge auch nicht auf § 81 stützen.

3) Kein Explorationsrecht aus § 81 a

Gleiches muß auch für die §§ 81 a, c gelten. In diesen Vorschriften ist die gesetzliche Grundlage für körperliche Untersuchungen und Eingriffe beim Beschuldigten - § 81 a - sowie bei Dritten - § 81 c - geschaffen worden. "Eine körperliche Untersuchung ist eine solche, bei der ein körperlicher Zustand in einer vom Willen des zu Untersuchenden unabhängigen So-Beschaffenheit festgestellt wird."²⁾ Es handelt sich dabei also um eine "Augenscheins-einnahme am Körper."³⁾ Der körperliche Eingriff im Sinne des § 81 a dient ebenfalls der "Tatsachen-Feststellung" am Körper.⁴⁾ Daß eine Exploration mit körperlichen Eingriffen dieser Zielrichtung nichts zu tun hat, bedarf wohl keiner näheren Erläuterung. Legt man die oben gebrauchte Definition der Vernehmung zugrunde⁵⁾, so wird offenkundig, daß eine körperliche Untersuchung im Sinne des § 81 a und c auch bei

1) Eb. Schmidt, SJZ 1949, 449 (451)

2) so Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81 a, Rdnr. 3

3) Eb. Schmidt a.a.O.

4) Eb. Schmidt a.a.O.

5) vgl. oben S. 66

weiter Auslegung nicht unter den Begriff der Exploration subsumierbar ist.

4) Überprüfung des § 81 c als Grundlage

Zu diesem Ergebnis muß man auch im Hinblick auf § 81 c kommen, der sich zwar, ausgehend von der Tatsache, daß es sich einmal um den Beschuldigten, ein anderes Mal um einen unteiligten Dritten handelt, in Einzelpunkten zwangsläufig von § 81 a unterscheidet, für den aber hinsichtlich der Nicht-Subsumierbarkeit einer Ausforschung unter diese Vorschrift das gleiche gelten muß.¹⁾ Dies läßt sich schon damit begründen, daß die Regelung des § 81 c ursprünglich mit in § 81 a enthalten war und erst durch das Vereinheitlichungsgesetz²⁾ - Art. 3 Nr. 35 - die für unverdächtige Personen geltende Bestimmung abgetrennt wurde.³⁾ Ohne auf die unterschiedlichen Voraussetzungen in beiden Normen näher eingehen zu müssen, kann die für § 81 a oben explizierte Behauptung für § 81 c übernommen werden: eine Exploration durch den Sachverständigen kann nicht darauf gestützt werden. Daß Untersuchungen im Sinne des § 81 c nur die körperlichen Untersuchungen sind, ergibt sich auch aus dem Zweck, den der Gesetzgeber den in § 81 c geregelten beigelegt hat: Zweck der

1) vgl. BGHSt 12, 235 (Beschl. v. 8.12.1958); BGHSt 14, 21 (Urt. v. 11.11.1959); OLG Hamm, JMBL. NW 1957, 45 (Beschl. v. 29.6.1956); Panhyusen, 77

2) vom 12.9.1950 (BGBl. 455)

3) vgl. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81 c, Rdnr.1; ebenso Rdnr. 4, wo festgestellt wird, daß es sich bei § 81 a und § 81 c um den Bereich der "körperlichen Untersuchungsmöglichkeiten" handelt.

Untersuchung einer Person muß sein, "ob sich an ihrem Körper eine bestimmte Spur oder Folge einer Straftat befindet."¹⁾ Die Fassung des Gesetzes ist so "ausschließlich" und "unzweideutig"²⁾, daß eine erweiternde Auslegung in Richtung auf eine Ausforschungstätigkeit nicht in Betracht zu ziehen ist. Dies ist die heute eindeutig herrschende Meinung sowohl in Rechtsprechung³⁾ wie Literatur⁴⁾. Die Richtigkeit dieser Meinung läßt sich auch daran erkennen, daß § 81 c grundsätzlich nur ein passives Verhalten des Betreffenden verlangt, ein Dulden der körperlichen Untersuchung.⁵⁾ Eine Ausforschung setzt aber begriffsnotwendig ein aktives Mitwirken in der Form der Beantwortung von Fragen des Sachverständigen voraus. Dies aber ist in § 81 c eben nicht vorgesehen.

5) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis läßt sich daher feststellen, daß sich für eine Explorationstätigkeit des Sachverständigen in den §§ 80 ff. keine Grundlage finden läßt.

III. Andere denkbare Grundlagen für Explorations- tätigkeit des Sachverständigen

Es fragt sich, ob eine solche anhand anderer Kriterien geschaffen werden kann.

1) vgl. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81 c, Rdnr. 4

2) Panhuysen, 77

3) vgl. etwa BGHSt 13, 394 (Urt. v. 14.10.1959);
BGH NJW 1960, 586 (Urt. v. 11.11.1959);
OLG Hamm a.a.O.

4) vgl. etwa Panhuysen, 77/78, 86; Bockelmann,
GA 1955, 321 (332); KMR, § 81 c, Rdnr. 4;
Peters, Lehrbuch, § 40 II 2b (S.276); Wüst, 56;
Heinitz, JR 1960, 226(227), Anm. zu der Ent-
scheidung des BGH v.14.10.1959 (=JR 1960, 225=
BGHSt 13, 394)

5) so BGHSt 13, 394(398)(Urt.v.14.10.1959);
Eb. Schmidt a.a.O.; Bockelmann a.a.O.

1) Stellung als "Richtergehilfe"

Man könnte daran denken, ein Vernehmungsrecht des Sachverständigen aus seiner Stellung als Richtergehilfe abzuleiten. Wenn beispielsweise diese Stellung damit begründet wird, der Sachverständige sei letztlich auch auf dem Gebiet der Tatsachenfeststellung und folglich auch der Rechtsfindung tätig,¹⁾ so scheint der Schritt nicht weit, den Sachverständigen in dieser Funktion auch das Recht zu Vernehmungen zu konzédieren.

Indes wird diese Konsequenz zu Recht von keinem Befürworter der Richtergehilfen-Eigenschaft des Sachverständigen erkennbar gezogen. Zum einen begegnet bereits die Einstufung als Richtergehilfe Bedenken. Die zuvor zu diesem Punkt gemachten Ausführungen²⁾ sind zumindest mit dem Ergebnis abgeschlossen worden, daß an eine der Sonderstellung des Sachverständigen Rechnung tragenden Einstufung als Richtergehilfe jedenfalls keine unzulässigen prozessualen Konsequenzen geknüpft werden dürfen. Eine solche aber wäre gegeben, wollte man dem Sachverständigen richterliche Vernehmungsbefugnisse ohne sonstige Grundlage konzédieren. Die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten ist essentieller Bestandteil des Strafverfahrens mit dafür geschaffenen, genau umgrenzten Rechten und Pflichten. Der Sachverständige - mag er auch Richtergehilfe sein - bleibt Beweismittel. Er kann daher nicht die zu Beginn einer Vernehmung erfolgende Zuweisung in eine bestimmte Prozeßrolle - ob der Betreffende als Zeuge oder Beschuldigter vernommen werden

1) vgl. oben S. 19

2) vgl. Ausführungen S. 16 ff.

soll - vornehmen. Auf Verdacht oder Verfolgungswillen des Sachverständigen kann es insoweit nicht ankommen.¹⁾

Es soll an dieser Stelle offen bleiben, ob der Sachverständige der ebenfalls im Rahmen einer Vernehmung erforderlichen Belehrungspflicht nachkommen könnte. Dieser Punkt wird in anderem Zusammenhang ausführlich zu erörtern sein. Jedenfalls kann der Sachverständige nicht ohne weiteres die Förmlichkeiten gewährleisten, die der Gesetzgeber an eine Vernehmung im rechtstechnischen Sinne geknüpft hat.²⁾ Der Gesetzgeber hat die Befugnis dazu ausdrücklich in die Hand der dazu Ausgebildeten gelegt.³⁾ Ohne gesetzliche Ermächtigung kann eine Ausdehnung auf den "Richtergehilfen" daher nicht in Betracht kommen. "Die Strafverfolgungsbehörden können und dürfen ihre Vernehmungskompetenz nicht auf andere übertragen."⁴⁾

2) Sachverständiger als Adressat der StPO über § 136 a

Aus diesem Grunde scheidet auch die Möglichkeit aus, den Sachverständigen etwa über eine analoge Anwendung des § 136 a zum Adressaten der Strafprozeßordnung⁵⁾ und auf diesem Wege vernehmungsg-

1) So mit Recht Fincke, ZStW 1974, 656 (657)

2) so etwa Fincke, a.a.O., 658; Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (362); Peters, JR 1970, 68 (69); Anmerkung zu der Entscheidung des BGH v.13.5.1969(= JR 1970,67); Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr.4

3) so z.B. BGH NJW 1955, 671 (Urt.v.29.1.1955); Peters, Lehrbuch, § 42 V 2 (S.302); ders. JR 1969, 232; Schorn, GA 1965, 299 (304)

4) so ausdrücklich Walder, 170

5) Kleinknecht, § 136 a, Rdnr. 1 spricht von dem Sachverständigen als "Adressat des Verbots" aus § 136 a; vgl. auch Fincke, a.a.O., 656

befugt zu machen. Ohne an dieser Stelle auf die weitgehend vertretene Analogie bereits näher einzugehen¹⁾, muß betont werden, daß - die Zulässigkeit einer Analogie einmal grundsätzlich unterstellt - der Sachverständige dadurch noch nicht zum vernehmungsautorisierten Adressaten der StPO würde. Eine solche, über die Analogie einzelner Vorschriften hinausgehende Gleichstellung mit den Strafverfolgungsorganen dürfte überdies mit unserem geltenden Recht - GG, StPO, GVG - nicht in Einklang zu bringen sein.

3) Ergebnis: Kein Explorationsrecht über Vernehmungsrecht

Nach alledem muß als Ergebnis festgehalten werden, daß für ein Recht des Sachverständigen, Vernehmungen im rechtstechnischen Sinne durchzuführen, keine Grundlage erkennbar ist, daß der Sachverständige insoweit auf die durch § 80 normierten Möglichkeiten angewiesen ist.²⁾ Damit entfällt auch die Möglichkeit, unter den oben genannten Voraussetzungen auf diesem Wege zu einer Grundlage für die Explorationstätigkeit des Sachverständigen zu kommen.

4) Kein anderes Ergebnis bei Befragung anlässlich richterlicher Vernehmung

Dabei soll hier nicht um die Fälle gestritten werden, in denen der Richter bei der Vernehmung wohl anwesend ist, der Sachverständige indes alle Fragen stellt. In diesen Fällen eine gesetzlich nicht zulässige Vernehmung durch den Sach-

1) Eine ausführliche Stellungnahme s.u. S. 272 ff

2) Wenn Altavilla, Bd. 1, 365 feststellt, daß dann der Sachverständige "eines der wirksamsten Mittel seiner psychologischen Untersuchung beraubt" werde, so kann dies nur gelten, wenn Vernehmung mit jeglicher Befragungstätigkeit gleichgesetzt wird, was meines Erachtens nicht richtig ist; vgl. dazu Ausführungen S. 65 ff.

verständigen anzunehmen hieße wohl den Formalismus übertreiben.¹⁾ Der Sinn des § 80 liegt doch darin, Vernehmungen unter Einhaltung der prozessualen Garantien ablaufen zu lassen, deren genaue Beachtung durch den Gesetzgeber allein den Strafverfolgungsorganen zugetraut wird. Bei Anwesenheit eines Richters aber ist dieser Schutzzweck erfüllt, mag der Sachverständige auch die eigentlich relevanten Fragen stellen.²⁾ Eine andere Beurteilung wäre dann erforderlich, wenn es sich um psychologische Untersuchungen oder Tests handelte, zu denen der Zeuge seine Einwilligung versagt hätte, die dann aber - gleichsam unter dem Deckmantel einer richterlichen Vernehmung - auf dem Weg des § 80 durchgeführt werden sollten. Dann stellt sich nämlich nicht die Frage nach der Zulässigkeit richterlicher Vernehmung, sondern nach der Zulässigkeit einer Sachverständigenuntersuchung ohne Einwilligung.³⁾ An der grundsätzlichen Unzulässigkeit sachverständlicher Vernehmungen ändern vorstehende Überlegungen jedenfalls nichts.

5) Unsicherheit durch BGH-Entscheidung ohne Ergebnisänderung

Die in diesem Punkt doch weitgehend einmütige Meinungsbildung ist auch durch die Entscheidung des BGH vom 14. Dezember 1954⁴⁾ nicht entscheidend beeinflusst worden, wenngleich diese Entscheidung natürlich dazu qualifiziert war, Unsicherheit hervorzurufen und die Diskussion

1) dazu Schuster, 80

2) So mit Recht auch Krafft, 36/37

3) Wüst, 55; Panhuysen, 75/76

4) BGHSt 7, 82 (Urt. v. 14.12.1954)

neu entstehen zu lassen. In den Gründen dieser Entscheidung spricht der BGH unter anderem von einer inneren Beziehung "zwischen dem Kind und dem vernehmenden Sachverständigen"¹⁾ und fährt fort: "Das Kind ist also bei der Vernehmung gegenüber dem Sachverständigen in einer Lage, die der seines täglichen Lebens wesentlich näher ist als bei der Vernehmung vor Gericht."²⁾ Obwohl der BGH in dieser Entscheidung den Begriff der Vernehmung ohne irgendwelche Restriktionen benutzt und ohne auf Unterschiede zwischen sachverständlichem und prozessualem Vernehmungsbegriff hinzuweisen, muß nicht nur bezweifelt, sondern kann sogar ausgeschlossen werden, daß dadurch eine Gleichsetzung erfolgen sollte.³⁾

Frühere Entscheidungen des BGH haben diese Terminologie nicht verwandt. So heißt es beispielsweise in der unveröffentlichten Entscheidung 3 StR 385/51 vom 13. Dezember 1951 ausdrücklich: "Denn die Exploration ist keine Vernehmung im verfahrensrechtlichen Sinne, die allein dem Gericht und der Staatsanwaltschaft vorbehalten ist."⁴⁾

Auch in späteren Urteilen ist von einer Vernehmung durch den Sachverständigen nicht die Rede.⁵⁾ Man wird deshalb wohl davon ausgehen können, daß der BGH in der kritisierten Ent-

1) BGH a.a.O.

2) BGH a.a.O., 83/84. (Der Begriff der Vernehmung wird in dieser Entscheidung noch mehrfach ohne Einschränkung für die Tätigkeit des Sachverständigen gebraucht). Auch Schmitz, 21 spricht von "eigenen Vernehmungen" des Sachverständigen gegenüber dem umständlichen Weg des § 80

3) Bockelmann, GA 1955, 321 (331, FN 37) kritisiert: "Daß der BGH die Anhörung des Kindes durch den Sachverständigen als "Vernehmung" bezeichnet, ist keine glückliche Terminologie!" zustimmend Peters, Handbuch, 768 (784); ähnlich Blau, GA 1959, 293 (304)

4) S. 13/14 der Urteilsgründe

5) vgl. etwa i.d.Z. BGH 5 StR 83/68 (Urt.v.7.5.1968)

scheidung vom 14. Dezember 1954 den Vernehmungs-
begriff nicht im rechtstechnischen Sinne ver-
wendet wissen wollte, vielmehr damit nur die
grundsätzliche Zulässigkeit eigener Befragungstätigkeit des Sachverständigen explizieren wollte
oder aber - das Gegenteil einmal wider besseres
Wissen unterstellt - seinen damaligen Standpunkt
inzwischen aufgegeben hat. Die heutige Rechtsprechung jedenfalls verweist den Sachverständigen, soweit es um Vernehmungen im prozessualen Sinne geht, auf den Weg des § 80.¹⁾

IV. Explorationstätigkeit auf freiwilliger Basis

Da dem Sachverständigen also ein Vernehmungsrecht nicht zukommt, läßt sich auch daraus eine -
zumindest partielle - Grundlage für eine Exploration nicht herleiten. Daß auch die über eine Vernehmungstätigkeit im eigentlichen Sinne hinausgehenden Vorschriften der §§ 80 ff inso-
weit keine Regelung treffen, wurde bereits oben
expliziert.²⁾

Aus alledem folgt, daß dem Sachverständigen keinerlei rechtliche Handhabe gegeben ist, Zeugen und Beschuldigte zur Duldung oder gar aktiven Förderung einer Exploration zu zwingen. Der Sachverständige ist vielmehr zwangsläufig auf die freiwillige Mitwirkung von Zeugen und Beschuldigten bei der Exploration angewiesen.

1) vgl. etwa BGH 3 StR 385/51 (Urt. v. 13.12.1951)
BGH JR 1962, 111 (Urt. v. 14.11.1961);
BGH 5 StR 83/68 (Urt. v. 7.5.1968)

2) vgl. Ausführungen S. 68ff.

E. Eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen

So einig sich Literatur und Rechtsprechung bei der Verneinung eigener Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen sind, so umstritten ist die Frage, ob und inwieweit der Sachverständige zur Vorbereitung seines Gutachtens als Bestandteil der Exploration eigene Nachforschungen, Befragungen, Ermittlungen und Untersuchungen anstellen darf.

I. Meinungsstand

1) Verbale Vielfältigkeit und Unsicherheit in Großteil der Literatur

Vergleicht man die dazu vertretenen Meinungen, so fällt zunächst eine verbale Vielfältigkeit und offenbar dadurch bedingte Unsicherheit auf, die einer eindeutigen Stellungnahme nicht gerade förderlich ist. Wenigstens partielle Übereinstimmung herrscht eigentlich nur insoweit, als man aus der Unzulässigkeit eigener Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen nicht zwingend den Schluß zieht, der Sachverständige dürfe zur Vorbereitung seines Gutachtens keine eigenständige Informationstätigkeit über die Tat durchführen, auch wenn er diese zur Gutachtenerstellung für erforderlich hielte.¹⁾ "Trotzdem - Anm. des Verfassers: trotz des Verbotes des § 80, selbst Vernehmungen durchzuführen - ist es für zulässig zu erachten, daß der Sachverständige sich in angemessenem, nicht allzu weitem Umfang Grund-

1) so z.B. Müller-Luckmann, Die psych. Begutachtung, 130 (140); Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (362); Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S. 311); Alsberg-Nüse, 241/242; Schmitz, 21, der von einer "Vernehmung" durch den Sachverständigen spricht, davon die "förmliche Vernehmung" durch den Richter abgrenzt; aa z.B. Weimann, JR 1951, 198 (199), der es dem Sachverständigen gänzlich untersagen will, sich mit dem Beschuldigten über die diesem vorgeworfene Tat zu unterhalten

lagen für eine Begutachtung selbst verschafft," stellt Peters fest¹⁾, nachdem er sich zuvor zu der Regelung des § 80 bekannt hat.

An anderer Stelle läßt Peters grundsätzlich eigene Informationen des Sachverständigen zur Tat zu, soweit dies fachwissenschaftlich erforderlich sei, um seinen Auftrag erfüllen zu können.²⁾

Heinitz warnt davor, "daß das Verbot jeder eigenen Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen die Erstattung des Gutachtens in zahlreichen Fällen sehr erschweren muß,"³⁾ und fordert eine Untersuchung darüber, ob der Weg über § 80 der einzig zulässige sei, schon deshalb, "weil leicht einzusehen ist, wie wenig ein derartiges Verfahren geeignet ist, den Sachverständigen zulässig über das zu unterrichten, was er zur Vorbereitung eines fundierten Gutachtens benötigt."⁴⁾

Cabanis lehnt zwar "aus berufsethischen und rechtlichen Gründen eine wie immer auch geartete Ermittlungstätigkeit des Arztes ab,"⁵⁾ stellt aber andererseits fest, daß "eine Befragung von Beschuldigten oder Auskunftspersonen durch ihn ... keine Vernehmung sein kann"⁶⁾ und unterstellt damit die Zulässigkeit eigener Befragungen, zumal er an anderer Stelle die Befragung in Anwesenheit des Richters gemäß § 80 für "irrelevant" hält.⁷⁾

1) Peters a.a.O.

2) Peters, JR 1969, 232 (233)

3) Heinitz, Festschrift, 693 (694)

4) Heinitz, a.a.O., 697

5) Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235)

6) Cabanis a.a.O.; Krafft, 34 weist zu Recht darauf hin, daß es gefährlich wäre, lediglich die Begriffe auszutauschen, den Inhalt aber beizubehalten

7) Cabanis, a.a.O., 2236

Auch Schönke¹⁾ hält neben der dem Richter zukommenden "formellen Zeugenvernehmung" eine "informelle Befragung" von Angehörigen bzw. Auskunftspersonen für zulässig. Schorn²⁾ spricht in Anlehnung an Sarstedt³⁾ von "Unterhaltungen", die der Sachverständige mit dritten Personen oder dem Beschuldigten durchführen dürfe.

Blau⁴⁾ stellt die Frage nach der Zulässigkeit "eigener Erhebungen" durch den Sachverständigen und bejaht sie zumindest insoweit, als der Sachverständige "durch behutsames Aufhellen ... die Exploration auf die sogenannte spezielle Glaubwürdigkeit erstrecken" dürfe.

Kohlhaas⁵⁾ schließlich ist der Ansicht, nach erfolgter Belehrung könne der Sachverständige explorieren "so viel er wolle". Damit stellt Kohlhaas den wohl extremsten Standpunkt innerhalb der Befürworter eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen dar.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt - vom Ergebnis betrachtet - Sax ein.⁶⁾ Allerdings weicht seine Begründung von den ansonsten vertretenen Argumenten ab. Nach Sax handelt es sich nämlich nicht um die Frage, ob derartiges Handeln des Sachver-

1) Schönke, DRZ 1949, 203

2) Schorn, GA 1965, 299 (304)

3) Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22. Aufl., § 80, Anm. 3b), der dies allerdings auf die Glaubwürdigkeitsbeurteilung von Zeugen beschränkt; ebenso Meyer in der 23. Aufl., § 80, Rdnr. 6; etwas unbestimmt allerdings in Rdnr. 4: "Der Sachverständige ist daher nur befugt, bei der Untersuchung einzelne Fragen an den Beschuldigten oder Zeugen zu richten, wenn das für das Gutachten unentbehrlich ist und keine Vernehmung im eigentlichen Sinne darstellt."

4) Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (360)

5) Kohlhaas, Mediz. Sachverständiger, 100

6) KMR, Vorb. § 72, Rdnr. 42

ständigen zulässig oder unzulässig ist, "ist nicht Rechts- sondern Zweckmäßigkeitsfrage."¹⁾ Dies deshalb, weil derartige Ermittlungen des Sachverständigen keine Prozeßhandlungen seien und deshalb für sie auch nicht die üblichen prozessualen Bewertungskategorien Gültigkeit haben könnten. Im Ergebnis hält Sax sie weder prozessual für verboten, noch für erlaubt.²⁾

2) Meinung des BGH

Der BGH hat sich zu dieser Problematik in höchst unterschiedlicher Weise geäußert. Die oben zitierte Entscheidung³⁾, in der eine eigene Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen für zulässig erachtet wurde, soll - wie bereits erwähnt - ausgeklammert werden, da sie in dieser Form in späteren Entscheidungen nicht mehr aufrechterhalten wurde.

a) Befragung des Beschuldigten

In der unveröffentlichten Entscheidung vom 13.12.1951 hält der BGH den Sachverständigen "im Rahmen seines Auftrages auch zu Explorationen über die Tat befugt", da "die Exploration keine Vernehmung im verfahrenstechnischem Sinne" ist, bei der der Sachverständige auf § 80 angewiesen wäre.⁴⁾ In dem konkreten Fall ging es um die Ausforschung der Angeklagten zur Tat. Fraglich bliebe, ob diese weitgehende Möglichkeit nur bei Explorationen des Beschuldigten bestehen soll

1) KMR a.a.O.

2) hält eigene Ermittlungen des Sachverständigen allerdings für "i.d.R. zweckwidrig".
(KMR a.a.O.)

3) vgl. FN 4) auf S. 77

4) BGH StR 385/51, S. 13 der Urteilsgründe
(Urt. v. 13.12.1951)

oder aber auch auf solche von Zeugen ausgedehnt werden könnte. Dazu wird weiter unten Stellung genommen. In ähnlicher Weise hat der BGH sich in seiner Entscheidung vom 6.9.1968 ausgesprochen.¹⁾ Dort wird es grundsätzlich des psychiatrischen Sachverständigen "sachkundiger Beurteilung und seinem Ermessen überlassen", welche Unterlagen er für sein Gutachten über den Geisteszustand eines Beschuldigten benötigt. Es wird daher für zulässig erachtet, wenn der Sachverständige auch Fragen zur Tat an den Beschuldigten richtet. Allerdings müsse er sich dabei innerhalb der prozessual bestimmten Grenzen halten, dürfe also keinerlei Zwang ausüben oder sonst gegen § 136 a verstoßen. "Macht aber der Beschuldigte auf Fragen und Vorhaltungen freiwillige Angaben, so ist weder das Stellen der Fragen und Vorhaltungen noch die Verwertung der Antworten im Gutachten rechtlich zu beanstanden."²⁾ Bezüglich der selbständigen Befragung des Beschuldigten hat der BGH sich also offenkundig für eine sehr weitgehende Ausdehnung der Möglichkeiten des Sachverständigen entschieden.

b) Einschränkung der Handhabung bei Zeugenbefragung

Hinsichtlich der Befragung von Zeugen deuten die einschlägigen Entscheidungen auf eine engere Handhabung hin. So stellt der 5. Strafsenat in einer kurz vor dem letztgenannten Urteil er-

1) BGH, JR 1969, 231 (mit Anm. von Peters, vgl. FN 2) auf S. 81) (Urt. v. 6.9.1968)

2) BGH a.a.O.

(Auf die getrennt zu behandelnde Frage der prozeßförmigen Einbringung solchermaßen gewonnener Erkenntnisse ist der BGH in dieser Entscheidung nicht eingegangen.)

gangenen Entscheidung¹⁾ ausdrücklich fest
- in dem zugrundeliegenden Fall hatte der Sachverständige zuvor selbständig Angehörige des Beschuldigten befragt -: "Jedenfalls fehlen bei einer solchen selbständigen Ermittlungstätigkeit eines Sachverständigen die Garantien für die Wahrheitsfindung, die eine richterliche Vernehmung bietet. Den verfahrensrechtlich einwandfreien Weg weist § 80 StPO."

In früheren Entscheidungen hat der BGH allerdings einen anderen Standpunkt eingenommen. So hat er in der oben bereits angeführten Entscheidung vom 13.12.1951²⁾ - abgesehen von der unglücklichen Bezeichnung als "Vernehmung" - bewußt und begründet³⁾ eine eigenständige Tätigkeit des Sachverständigen zugelassen.

Eine solche, wenngleich in geringerem Umfang, wird auch durch die Entscheidung vom 7.6.1956⁴⁾ für zulässig erachtet. Der BGH stellt, nachdem er zuvor auf die Gefahren für die Wahrheitsfindung bei eigener Tätigkeit des Sachverständigen hingewiesen hat, fest: "Alles dies schließt eine vorbereitende Befragung durch den Sachverständigen nicht aus. In Betracht kommen insoweit etwa Mitteilungen von Angehörigen, von Lehrern, auch von Behörden." Welchen Umfang diese "vorbereitende Befragung" genauer annehmen können soll,

1) BGH 5 StR 83/68, S. 4 der Urteilsgründe (Urt. v. 7.5.1968), unter Berufung auf BGH JR 1962, 111 (Urt. v. 14.11.1961)

2) BGHSt 7, 82 (Urt. v. 14.12.1954)

3) Auf die Gründe ist an anderer Stelle eingegangen worden, vgl. S. 83 f.

4) vgl. BGHSt 9, 292 (Urt. v. 7.6.1956); in dieser Entscheidung behandelt der BGH die Problematik eigener Ermittlungstätigkeit ausschließlich unter dem Aspekt der prozeßförmigen Einbringung

läßt der BGH nicht erkennen. Jedenfalls läßt sie sich nicht unter das Verständnis von vorbereitender Befragung subsumieren, das in der Literatur zum Teil vertreten wird:¹⁾ nämlich Informationen darüber zu sammeln, wer möglicherweise noch als Zeuge in Betracht kommen könnte. Danach soll der Sachverständige also die Personen nicht selbst befragen - dies soll dem Richter gemäß § 80 überlassen bleiben. -, sondern er soll lediglich die Personen durch eigene Befragungen und Ermittlungen ausfindig machen dürfen und sie so praktisch richterlicher Vernehmung "zuführen". Über diese vergleichsweise enge Betrachtungsweise scheint der BGH hinausgehen zu wollen, wenngleich über Art und Weise solcher Befragungen durch den Sachverständigen in der genannten Entscheidung keine näheren Hinweise enthalten sind.

Auch in einem Urteil vom 10.10.1957²⁾, das sich mit den Problemen des Zeugnisverweigerungsrechts bzw. der darüber zu erfolgenden Belehrung befaßt, hat der BGH an einer selbständigen Befragung von Zeugen durch den Sachverständigen nichts aussetzen gehabt, fordert allerdings eine vorherige Belehrung durch den Richter.³⁾ In späteren Entscheidungen ist der BGH von seiner anfangs vertretenen Ansicht zur eigenen Befragungstätigkeit gegenüber Zeugen offensichtlich etwas abgerückt. So stellt der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 14.11.1961⁴⁾ fest: "Was die Befragung

1) vgl. dazu z.B. Panhuysen, 81; KMR, § 80, Rdnr. 3; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr. 4; Jessnitzer, Der Sachverständige, 152

2) BGHSt 11, 97 (Urt. v. 10.10.1957)

3) Auf diese Belehrungsproblematik wird unten weiter im Zusammenhang eingegangen, vgl. S. 236 ff.

4) BGH JR 62, 111 (Urt. v. 14.11.1961)

von Auskunftspersonen durch Sachverständige betrifft, so ist nicht nur die Verwertung der in dieser Weise ermittelten Kenntnisse bedenklich, sondern schon die selbständige Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen an sich." Von irgendeiner wie auch immer gearteten Eigentätigkeit des Sachverständigen ist nicht mehr die Rede, "den verfahrensrechtlich einwandfreien Weg weist § 80 StPO."¹⁾ Dieser Feststellung schließt sich die unveröffentlichte Entscheidung vom 7.5.1968 ausdrücklich an.²⁾

c) Stellungnahme zur Differenzierung des BGH

aa) Zweifel an Meinungsänderung

Fraglich ist, ob aus diesen beiden Entscheidungen der Schluß gezogen werden kann oder muß, der BGH habe seine frühere Ansicht zur eigenständigen Zeugenbefragung durch den Sachverständigen aufgegeben.³⁾ Allein die Verweisung auf § 80 dürfte für eine dahingehende Annahme nicht ausreichen. § 80 bezieht sich gleichermaßen auf die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten. Konsequenterweise müßte die Feststellung des BGH somit heißen: den verfahrensrechtlich einwandfreien Weg für die Befragung von Zeugen und Beschuldigten weist § 80. Diese Folgerung wird aber im Hinblick auf den Beschuldigten gerade nicht gezogen, wie die Ausführungen oben gezeigt haben.⁴⁾ Da der Gesetzgeber zwischen der Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten in § 80 keinen Unterschied macht, müssen Zweifel an der oben ange-

1) So BGH a.a.O.

2) BGH 5 StR 83/68, S. 4 der Urteilsgründe (Urt. v. 7.5.1968)

3) Krafft, 42, verneint dies mit Hinweis darauf, der BGH habe sich an keiner Stelle ausdrücklich von den zuvor ergangenen anderslautenden Entscheidungen distanziert

4) vgl. insbesondere die Entscheidung v.6.9.1968, FN 1) auf S. 84

deuteten Folgerung aus letztgenannter BGH-Entscheidung zur Zeugenbefragung angemeldet werden.

bb) Keine überzeugenden Gründe für differenzierte Behandlung

Diese Zweifel könnten ausgeräumt werden, wenn sich Gründe für eine differenzierte Behandlung im Hinblick auf Beschuldigtenbefragung einerseits, Zeugenbefragung andererseits ergäben. Krafft¹⁾ kommt insoweit zu teilweise unterschiedlichen Ergebnissen, ohne indes zu explizieren, worin letztlich der Ausgangspunkt für eine solch differenzierte Betrachtung zu sehen ist. Daß die Gefahr der Verletzung prozessualer Vorschriften bei eigenständiger Tätigkeit von Sachverständigen gegenüber Zeugen wie Beschuldigten gleichermaßen besteht, wird sich nicht leugnen lassen. Daß diese Gefahr in dem einen oder anderen Punkt verschieden groß sein kann, dürfte ebenfalls kaum zu bestreiten sein. So kann bei einer Zeugenbefragung durch den Sachverständigen möglicherweise eher ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz gegeben sein, wenngleich ein solcher auch bei Befragungen des Beschuldigten nicht ausgeschlossen ist.

1) Krafft, 14 (bzgl. Beschuldigten) und 38 (bzgl. Zeugen); Grundsätzlich will Krafft in beiden Fällen auf den Weg des § 80 verweisen. Gegenüber dem Beschuldigten hält er allerdings im Anschluß an eine nach § 80 erfolgte Vernehmung anläßlich einer Untersuchung "ergänzende Fragen auch zum Tatverlauf gestattet" (S.38). Ansonsten sollte man seiner Ansicht nach dem Sachverständigen "die vorbereitende Befragung von Auskunftspersonen" untersagen (S.52) und ihm auftragen, "sich strikt an den Weg des § 80 zu halten" (S.53). Ausnahme: generelles Befragungsverbot auch des Beschuldigten im Falle des Alkoholttests wegen möglicher Alkoholbeeinträchtigung und damit verbundenem potentielltem Verstoß gegen § 136 a (vgl. S. 35).

Die Bedenken, die sich im Hinblick auf die Beachtung von Belehrungsvorschriften ergeben, bestehen gleichermaßen. Unterschiedlich sind lediglich die Inhalte solcher Belehrungen. Sonstige Verfahrensverstöße - etwa die Anwendung unerlaubter Methoden gemäß § 136 a oder Art. 1 GG¹⁾ - sind ebenfalls in beiden Fällen möglich. Daraus folgt meines Erachtens, daß eine differenzierte Behandlung hinsichtlich eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen nicht opportun ist.²⁾ Dieses Ergebnis entspricht - wie bereits erwähnt - auch dem Wortlaut des § 80, der zwischen Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten durch den Sachverständigen keinen Unterschied macht. Ein überzeugender Grund dafür, diesen bei anderweitigen Befragungen zu machen, ist nicht ersichtlich. Da also insgesamt für eine differenzierte Behandlung eigener Ermittlungstätigkeit gegenüber Zeugen und Beschuldigten keine zwingenden Gründe erkennbar sind, ist es sehr fraglich, ob der BGH eine solche tatsächlich vertreten will. Daß eine ausdrückliche Distanzierung von vorangegangenen Entscheidungen fehlt, ist sicherlich ein Indiz³⁾, dürfte allein allerdings nicht überzeugen. Daraus den Schluß zu ziehen, der BGH halte nach wie vor eine vorbereitende

1) Auf die Anwendbarkeit des § 136 a bzw. des Art. 1 GG auf die Tätigkeit des Sachverständigen wird an anderer Stelle genauer eingegangen, vgl. unten S. 272 ff.

2) Auch in der Literatur wird diese Problematik überwiegend im Zusammenhang erörtert: vgl. z.B. Weimann, JR 1951, 198; Peters, JR 1969, 232, (Anm. zu BGH JR 1969, 231), der das vom BGH auf Befragungen des Beschuldigten zugeschnittene Ergebnis auch auf die Anhörung anderer Personen ausgedehnt wissen möchte; ders., Lehrbuch, § 43 VI (S.311); Heinitz, Festschrift, 693 (699)

3) so Krafft, 44

Befragung für zulässig, scheint bedenklich.¹⁾ Man könnte allerdings die Äußerungen des BGH nur auf Vernehmungen beziehen. Dies würde sich in das Ergebnis bezüglich eigener Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen einfügen. Außerdem stünden die fraglichen Entscheidungen dann auch im Einklang mit den zur Beschuldigtenbefragung ergangenen²⁾, zumal dort ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, daß eine Exploration des Sachverständigen zur Sache eben "keine Vernehmung im verfahrensrechtlichen Sinne ist, bei der der Sachverständige auf § 80 angewiesen wäre."³⁾ Meines Erachtens will der BGH also nach wie vor im Rahmen des Auftrages den Sachverständigen eigene Befragungen von Zeugen und Beschuldigten vornehmen lassen. Eine zweifelsfreie Festlegung werden allerdings erst künftige Entscheidungen ermöglichen.

3) Extrempositionen in der Literatur

Neben den bereits zitierten Befürwortern einer eigenen Ermittlungstätigkeit, deren genauer Inhalt noch festzulegen sein wird, gibt es einzelne Autoren, die ein derartiges Tätigwerden des Sachverständigen grundsätzlich der Regelung des § 80 unterstellen wollen, eigene Initiativen des Sachverständigen in jeder Form also ablehnen.

1) So aber Krafft, a.a.O.; die Bedenken resultieren auch daraus, daß die Art der vorbereitenden Befragungen in der Entscheidung vom 7.6.1956 (=BGHSt 9, 292), auf die Krafft sich bezieht, sich offenbar von jener unterscheidet, die Krafft letztlich dem BGH zuschreiben will, vgl. oben S.85 ff.

2) vgl. FN 4) auf S. 83; FN 1) auf S. 84

3) so BGH 3 StR 385/51 (Urt. v. 13.12.1951)

a) Darstellung der Standpunkte

Panhuysen findet es "angesichts der eindeutigen Fassung des § 80 und seiner erschöpfenden Regelung... verwunderlich zu beobachten, wie versucht wird, das Recht des Sachverständigen, selbständig Ermittlungen anzustellen, auszu-dehnen."¹⁾

Sarstedt²⁾ sieht es als eine "ständige Quelle von Verfahrensverstößen, wenn Sachverständiger auf eigene Faust Ermittlungen anstellt" und sich damit von dem prozessual vorgesehenen Weg des § 80 entfernt. Auf die Ausschließlichkeit dieser Vorschrift stellt auch Weimann³⁾ ab. "Die Bestimmung des § 80 regelt erschöpfend den Fall, daß der vom Gericht bestellte Sachverständige zur Erstellung seines Gutachtens noch weiterer Aufklärung des Sachverhaltes bedarf." Weimann will also diese Regelung so verstanden wissen, daß damit nicht nur Vernehmungen im prozessualen Sinne erfaßt werden, sondern jegliche "Aufklärung des Sachverhaltes."⁴⁾

Auch Krafft⁵⁾ will dem Sachverständigen grundsätzlich jede eigene Ermittlungstätigkeit versagen, mit der einen Ausnahme ergänzender Fragen gegenüber dem Beschuldigten nach vorheriger

1) so Panhuysen, 65

2) vgl. Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22. Aufl., § 80, Anm. 3a); so auch in der 23. Aufl., Meyer, § 80 Rdnr. 4 m.w.N.

3) Weimann, JR 1951, 198 (199); ähnlich auch Wellmann-Wiesen, 96; Krauß, ZStW 1973, 320 (326); Bremer, 167; Sarstedt, NJW 1968, 177 (180/181)

4) so Weimann a.a.O.

5) so Krafft, 14 ff. 38, 52; ähnlich Bauer, 115/116, der einerseits eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen für grundsätzlich unzulässig hält, andererseits aber "Befragungen des Beschuldigten durch den Sachverständigen anlässlich dessen Gutachtertätigkeit nicht für unzulässig" erachtet.

Vernehmung durch den Richter.¹⁾ Krafft begründet seine Ansicht mit den aus eigener Tätigkeit des Sachverständigen resultierenden prozessualen Gefahren und bezweifelt zugleich Vorteile für die Wahrheitsfindung, die sich aus solcher Tätigkeit ergeben könnten.²⁾

b) Stellungnahme

Wie bereits oben³⁾ im Zusammenhang mit der Frage der Aktenüberlassung teilweise erörtert wurde, läßt sich in den Fällen des § 80 die Gefahr verfahrensrechtlicher Verstöße nicht leugnen; bei eigener Ermittlungstätigkeit wird diese Gefahr sicherlich noch größer sein als bei der Akteneinsicht. Dennoch läßt sich meines Erachtens aus solchen Gefahren allein die Ablehnung oder gar Unzulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit nicht überzeugend begründen, da den Strafverfolgungsorganen ausreichende Möglichkeiten an die Hand gegeben worden sind, dafür Sorge zu tragen, daß Gefahren in prozessualer Hinsicht sich nicht zu effektiven Verstößen entwickeln. Daß für die Wahrheitsfindung nichts gewonnen sein soll, muß bezweifelt werden; die nachfolgenden Ausführungen sprechen jedenfalls dagegen.

4) Zusammenfassung

a) Unzulässigkeit rechtstechnischer Vernehmungen

Die wiedergegebenen Meinungen lassen erkennen, daß zwar eine Vernehmungsbefugnis des Sachverständigen einhellig abgelehnt wird, daß damit aber nicht auch jegliche Befragungstätigkeit zur Sache untersagt wird.

1) vgl. FN 1) auf S. 88

2) vgl. Krafft, 53

3) siehe Ausführungen S. 34 f.

b) Unbedenklichkeit privater Unterhaltungen

Eine gewisse Unsicherheit in diesem Punkt spiegelt sich allerdings in der Verwendung unterschiedlichster Begriffe wieder, mit denen diese Tätigkeit des Sachverständigen umschrieben wird: von Unterhaltung, vorbereitender oder informeller Befragung, Ermittlung, Exploration ist die Rede. Diese terminologische Vielfalt bedingt zwangsläufig auch Unklarheit und - wie erwähnt - Unsicherheit in der Sache selbst. Zunächst sollte eines klargestellt werden: eine Unterhaltung im privaten Bereich mit Beschuldigten oder Zeugen kann einem Sachverständigen ebensowenig versagt werden wie irgendeinem anderen.¹⁾ Insoweit kann aus der Stellung als Sachverständiger keine restriktive Behandlung folgen.

c) Unsicherheiten zwischen den Grenzpositionen

Umstritten ist allerdings ein Tätigwerden des Sachverständigen, das sich nicht als Vernehmung im prozessualen Sinne darstellt, insbesondere von den Intention her anders einzustufen ist, das aber dennoch Parallelen zur Vernehmung insofern ausweist, als es sich in beiden Fällen um Fragen zur Sache handelt, mit dem prinzipiellen Unterschied, daß der Sachverständige seine Fragen nicht stellt, um die Wahrheit über die Tat herauszufinden, sondern deshalb, weil er die entsprechenden Antworten zur Erstellung seines Gutachtens für relevant erachtet.

1) So auch Fincke, ZStW 1974, 656 (664), der diese Unbedenklichkeit auch auf "die eigene Ermittlungstätigkeit" des Sachverständigen ausdehnen will.

Es liegt auf der Hand, daß sich in beiden Bereichen Überschneidungen ergeben können. Es stellt sich dann wiederum die Frage, ob etwa der Sachverständige eine Befragung abbrechen und in Anwesenheit der Strafverfolgungsorgane - entsprechend § 80 - fortführen müßte, wenn sich Anzeichen für eine solche Überschneidung ergeben.¹⁾

Man könnte einwenden, dies sei weniger eine Frage der Zulässigkeit solcher Befragungen als vielmehr der justizförmigen Einbringung so gewonnener Informationen in das Verfahren und daher in jenem Zusammenhang zu erörtern. Es dürfte meines Erachtens allerdings sinnvoll sein, diese beiden Fragen hinsichtlich ihrer prozessualen Unbedenklichkeit einzeln zu explizieren.²⁾

Aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten scheint es wenig überzeugend, die Frage der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen unbeantwortet zu lassen und grundsätzlich auf die justizförmige Einführung abzustellen.

Letztgenannter Punkt ist für die Frage der Angreifbarkeit einer Entscheidung sicherlich der relevante, denn eine eigenmächtige Informationstätigkeit des Sachverständigen ist solange "prozeßunschädlich", als das Gericht sie nicht zur Überzeugungsbildung benötigt."³⁾

1) so offensichtlich die Vertreter einer "vorbereitenden Befragung", vgl. etwa KMR, Vorbem. § 72, Rdnr. 37; Heinitz, Festschrift, 693(702)

2) so auch Krafft, 39/40, der einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz mit der Tätigkeit an sich noch nicht gegeben sieht. Auch der BGH trennt zwischen der Zulässigkeit der Ermittlungstätigkeit an sich und deren Einführung, vgl. etwa BGH JR 1962, 111 (Urt. v. 14.11.1961); 5 StR 83/68 (Urt.v.7.5.1968)

3) Schorn, GA 1965, 299 (304)

Indes dürfte es im Interesse aller Verfahrens-beteiligten und unbeteiligten Dritten liegen, nur eine zulässige Tätigkeit des Sachverständigen hinnehmen zu müssen, zumal für einen nicht am Verfahren Beteiligten die Frage der Anfechtbarkeit eines Urteils im Regelfall irrelevant sein dürfte.¹⁾ Für ihn ist die Durchführung eines Verfahrens unter Beachtung geltenden Rechts entscheidend. Es soll daher im folgenden zunächst die Frage der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen untersucht werden.

II. Argumente gegen eigene Ermittlungstätigkeit

1) Wortlaut des § 80

Allein mit dem Hinweis auf § 80 läßt sich meines Erachtens entgegen oben zitierten Stimmen in der Literatur²⁾ die Unzulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen nicht überzeugend begründen.³⁾ Die Eindeutigkeit dieser Regelung erschöpft sich in der Unzulässigkeit eigener Vernehmungstätigkeit im rechtstechnischen Sinne durch den Sachverständigen. Eine Gleichsetzung von Vernehmungen in diesem Sinne mit jeglicher Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen erscheint nicht gerechtfertigt.⁴⁾ "Trotz seiner rechtlichen Unfähigkeit zur Vernehmung

1) So wohl auch BGH JR 1962, 111 (Urt.v.14.11.1961): "Was die Befragung von Auskunftspersonen durch Sachverständige betrifft, so ist nicht nur die Verwertung der in dieser Weise vermittelten Kenntnisse bedenklich, sondern schon die selbständige Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen an sich."

2) vgl. Ausführungen S. 80 ff.

3) vgl. etwa BGH JR 1962, 111 (Urt.v.14.11.1961); BGH 5 StR 83/68 (Urt. v. 7.5.1968)

4) Gleichsetzend aber z.B. Altavilla, vgl. FN 2) auf S. 76; Krafft, 42

ist dem Sachverständigen die eigene Ermittlungstätigkeit so wenig versagt wie irgendeinem Privaten" stellt Fincke fest.¹⁾ Wenn auch die von Fincke vorgenommene Parifikation des Sachverständigen mit irgendwelchen Privatpersonen, wie spätere Ausführungen explizieren werden, nicht immer überzeugen kann, muß Fincke grundsätzlich in dem Punkt beigepflichtet werden, daß ein gesetzliches Verbot für den Sachverständigen, eigene Ermittlungen anzustellen, "weder im prozessualen noch im materiellen Recht irgendeine Grundlage" finden.²⁾ Es ist andererseits sicherlich "eine zu formale Betrachtungsweise"³⁾ die Vereinbarkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen mit § 80 damit hinreichend begründen zu wollen, daß der Sachverständige, da selbst kein Strafverfolgungsorgan, eben nicht vernehmen könne.⁴⁾ Es erscheint in der Tat bedenklich, die Anwendung einer Vorschrift dadurch umgehen zu wollen, daß man für eine an sich darunter fallende, jedoch interdizierte Tätigkeit lediglich eine andere Bezeichnung wählt, dann aber - ohne daß sich am Inhalt etwas ändern würde - diese anders bezeichnete Tätigkeit für zulässig erachten will.

Diese Ausgangslage ist meines Erachtens bei der hier in Rede stehenden Problematik allerdings auch nicht gegeben. Man kann nämlich durchaus differenzieren zwischen einer Vernehmung, die gezielt die Aufklärung der Tat zum Ziel hat und

1) Fincke, ZStW 1974, 656 (664)

2) So Fincke a.a.O.

3) vgl. Krafft a.a.O.

4) so aber Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235)

ergänzenden Fragen - auch zur Sache -, die der Sachverständige für sein Gutachten für erforderlich hält, die er indes nicht stellt, um den Täter überführen zu helfen, sondern um seinem gutachterlichen Auftrag gerecht werden zu können.

Man könnte einwenden, für den Betroffenen sei es letztlich gleichgültig, ob belastende Tatsachen über eine Vernehmung der Strafverfolgungsorgane oder ergänzende Fragen des Sachverständigen bekannt würden. Dieser Einwand ist sicherlich im Ansatz richtig, er muß aber in untrennbarem Zusammenhang mit dem prozessualen Schutz des Befragten, gesehen werden, der natürlich nicht dadurch beschränkt werden darf, daß man dem Sachverständigen unabhängig von dem Wortlaut des § 80 und die damit verbundenen prozessualen Garantien, die der Gesetzgeber für eine Vernehmung geschaffen hat, die aber auch nur für eine Vernehmung im rechtstechnischen Sinne Gültigkeit haben, die Möglichkeit gibt, außerhalb solcher Garantien Fragen zur Sache zu stellen. Dies ist auch ein entscheidendes Argument gegen eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen.¹⁾

Es geht in der Tat nicht an, Ermittlungen zuzulassen, weil es sich formal-juristisch nicht um Vernehmungen handelt, für die allein § 80 gilt, prozessuale Sicherheiten für die Betroffenen dann aber mit Hinweis darauf, daß diese nur für Vernehmungen gelten würden, auszuschließen. Ein solches Tätigwerden des Sachverständigen - gleichermaßen im "rechtsfreien" Raum - müßte abgelehnt werden. Die weiteren Ausführungen werden indes explizieren, daß eine dahingehende Beschränkung prozessualer Rechte durchaus vermieden werden kann. Um noch einmal auf den

1) So z.B. Krafft a.a.O.; siehe auch FN 1) auf S. 98

Unterschied zwischen Vernehmungen und Befragungen des Sachverständigen zur Sache zurückzukommen: ein solcher ist - wie oben dargelegt wurde - vorhanden, wenngleich agnosziert werden muß, daß die Grenzen - abgesehen vielleicht von jener rein formalen Betrachtungsweise - teilweise fließend sind. Dennoch überzeugt es aus den genannten Gründen nicht, allein auf § 80 die Unzulässigkeit eigener Befragungen des Sachverständigen zur Sache zu stützen.

2) Gefahr verfahrensrechtlicher Verstöße

Sie könnte sich allerdings aus anderen Gesichtspunkten ergeben. Seitens der Gegner eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen wird - dies wurde bereits angedeutet - immer wieder die Gefahr von Verfahrensverstößen als relevantes Kriterium ins Feld geführt.¹⁾ Es bestehe die Gefahr, daß "außerhalb des Gesetzes etwas geschieht, was nur innerhalb des Gesetzes mit Erfolg bekämpft werden könnte."²⁾ Dem ist im Grundsatz beizupflichten. Der Sachverständige - auch der forensisch erfahrene - wird mit den teilweise komplizierten Verfahrensvorschriften Schwierigkeiten haben. Allein die Strafverfolgungsorgane werden sich in der Regel genau der Grenzen bewußt sein, die gegenüber Zeugen und Beschuldigten eingehalten werden müssen. "Das unbegründete Vertrauen, der Sachverständige werde schon seine Grenzen kennen, ist nicht nur durch

1) vgl. etwa BGH JR 1962, 111 (Urt. v. 14.11.1961); Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr. 4; Hepner, Kriminologische Schriftenreihe Bd. 21 (1966), 57; Sarstedt, NJW 1968, 177 (180); Panhuyzen a.a.O.

2) Hepner a.a.O.

schlechte Erfahrungen erschüttert, sondern auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil vom Psychologen gar nicht ohne weiteres erwartet werden kann, daß er von sich aus die Regeln des rechtsstaatlichen Prozesses im einzelnen kennt."¹⁾ Dies bedeutet keine Diskriminierung sachverständlicher Fähigkeiten, vielmehr ist dies eine aus fehlender juristischer Ausbildung zwangsläufig resultierende Tatsache. Das Beweisverfahren, zu dem ja auch der Sachverständigenbeweis zählt, muß aber nach ganz bestimmten Vorschriften abgewickelt werden, damit dem Rechtsstaatsprinzip und den Interessen der Verfahrensbeteiligten genügt wird.

Panhuysen stellt mit Recht fest: "Die Justizförmigkeit des Verfahrens ist keine bloß nebensächliche Verschönerung oder Erleichterung der Tätigkeit der Gerichte und der Staatsanwaltschaft!"²⁾ "Justizförmigkeit ist keine formale Technik, sondern selbst ein staatsrechtlich materialer Rechtswert" hat Niese³⁾ ebenso richtig konstatiert. Diese beiden Zitate dokumentieren überzeugend den Stellenwert, welcher der Justizförmigkeit des Verfahrens in unserer Rechtsordnung adjudiziert wird. Dieser Wert soll hier auch keinesfalls erschüttert oder gar in Abrede gestellt werden. Allerdings muß bezweifelt werden, daß eigene Befragungen zur Sache durch den Sachverständigen eine Einschränkung dieser Justizförmigkeit bedeuten, was zugleich einen Verstoß gegen unsere Rechtsstaatlichkeit zur Folge hätte.⁴⁾ Diese Konsequenz könnte sich zwar ergeben, wenn

1) Panhuysen, 66; ähnlich auch Wüst, 54

2) Panhuysen, 67

3) so Niese, ZStW 1951, 199 (218)

4) Diese Folgerung zieht Panhuysen, 67/68 im Hinblick auf eigene Ermittlungen des Sachverständigen, "soweit sie eben nicht aus Befundtatsachen bestehen."

die vorhandenen prozessualen Möglichkeiten nicht voll ausgeschöpft würden, worauf oben bereits hingewiesen wurde.¹⁾ Sie kann aber durchaus vermieden werden, wie die weiteren Ausführungen unter Beweis stellen sollen.

"Von dem Satz, daß alle Tatsachen, die der Urteilsfindung zugrundegelegt werden, ordnungsgemäß ermittelt und in die Hauptverhandlung eingeführt werden müssen, kann es logischerweise keine Ausnahme geben."²⁾ Es kommt also darauf an, daß die Eigentätigkeit des Sachverständigen trotz dessen juristischer Unkenntnis nur innerhalb der prozessualen Grenzen abgewickelt wird. Darauf zu achten obliegt dem Richter im Rahmen seiner Leitungspflicht aus § 78. Eine grundsätzliche Ablehnung eigener Tätigkeit des Sachverständigen nur mit Hinweis auf sicherlich zum Teil durchaus existente Gefahren prozessualer Verstöße erscheint jedenfalls nicht überzeugend, insbesondere dann nicht, wenn - wie unten dargestellt - andererseits gewichtige Gründe für eine solche Tätigkeit des Sachverständigen sprechen. Die Gefahr allein macht die Tätigkeit nicht unzulässig. Sie muß sie allerdings größter Aufmerksamkeit des Richters empfehlen, damit die Gefahr sich nicht zu einem Verstoß gegen geltendes Recht konkretisieren kann.

3) Bedenken aus Stellung als Beweismittel

Man könnte die Ansicht vertreten, das Verbot eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen müsse sich schon aus der Stellung des Sachverständigen als Beweismittel ergeben, dessen Aufgabe

1) vgl. Ausführungen S. 98 f.

2) Heinitz, Festschrift, 693 (700)

die Tatsachenklärung nicht sein könne, der allenfalls - wie die anderen Beweismittel - seinen sachkundigen Beitrag zur Aufklärung leisten könne.¹⁾ Dem kann nur bedingt zugestimmt werden. Es muß in diesem Zusammenhang noch einmal auf die Sonderstellung des Sachverständigen hingewiesen werden, die auch dann bejaht werden muß, wenn man dem "Richtergehilfen" der herrschenden Meinung ablehnend oder zumindest differenzierend gegenübersteht.²⁾ Der Sachverständige ist Beauftragter der Strafverfolgungsorgane. Aus dieser Stellung ergeben sich besondere Rechte und Pflichten im Vergleich mit anderen Beweismitteln.³⁾ Wenn Krafft meint, der Sachverständige dürfe nicht gezielt als Ermittler eingesetzt werden, so ist dem zuzustimmen. Wenn aber jegliche, im Zusammenhang mit der Auftragserfüllung sich ergebenden Befragungen zur Sache untersagt werden sollen, so muß dieser Forderung widersprochen werden.⁴⁾ Denn die Besonderheit des Beweismittels "Sachverständiger" macht unter Umständen auch die - allerdings justizförmige - Ausnutzung solcher Erkenntnismittel

-
- 1) So Krafft, 33; eine Ausnahme will Krafft bei dem sogenannten "Aufklärungssachverständigen" machen, der im Dienst der Polizei gezielt bei den Ermittlungen tätig werde, der dann aber wegen mangelnder Unparteilichkeit und Unbefangenheit als gerichtlicher Sachverständiger unbrauchbar sei. (Zum Aufklärungssachverständigen vgl. auch Peters, Handbuch Bd. 11, 768 (783); ebenso Peters, Handbuch, 768 (783))
 - 2) vgl. Ausführungen S. 16 ff.
 - 3) vgl. oben S. 24 ff.
 - 4) Einerseits hält Krafft - S. 34 - Befragungen und Anhörungen für verboten, andererseits aber erachtet er Fragen über den Tathergang für zulässig, soweit sie für den Sachverständigen wichtige Erkenntnisse für sein Gutachten vermitteln können, um dann später - S. 38 - die Einschränkung zu machen, dies könne aber nur für Befragungen nach vorheriger richterlicher Vernehmung auf dem Weg über § 80 StPO gelten.

erforderlich, um dem Auftrag in vollem Umfang und auch im Interesse des Beschuldigten gerecht werden zu können.

4) Einsatzmöglichkeit zur Umgehung prozessualer Grenzen

Die Gefahr, der Sachverständige könne bei eigenen Ermittlungen zum Handlanger der Strafverfolgungsorgane gemacht werden, die ihn bewußt zur Umgehung solcher prozessualen Grenzen einsetzen könnten, die die StPO zwar ihnen als Vernehmenden, nicht aber dem dazu nicht berufenen Sachverständigen auferlegt hat, dürfte überschätzt werden.¹⁾ Ein gesundes Maß an Mißtrauen auch gegenüber den Strafverfolgungsbehörden kann sicherlich nicht schaden. Ob der Verdacht bewußter und gezielter Unterlaufung gesetzlicher Schranken aber noch in den Bereich gesunden Mißtrauens fällt, dürfte zumindest zweifelhaft sein.

Die Möglichkeit unbewußter Umgehung durch den juristisch nicht ausgebildeten Sachverständigen und die sich daran anschließende denkbare Ausnutzung durch Strafverfolgungsbehörden liegt da meines Erachtens bereits näher. Ohne jedoch abzuwägen, welcher von beiden Wegen der verwerflichere ist oder wessen Beschreitung eher droht, kann konstatiert werden, daß beiden Gefahren gleichermaßen begegnet werden kann. Ebenso, wie die Strafverfolgungsorgane in ihrem unmittelbaren Tätigkeitsbereich für die Einhaltung prozessualer Vorschriften sorgen müssen, muß dies - wenn auch unter etwas erschwerten Umständen infolge mangelnder Präsenz - auch im

1) vgl. dazu Walder, 169/170

Hinblick auf eigene Tätigkeit des Sachverständigen möglich sein. Eine unbewußte Umgehung kann durch sorgfältige Leitung im Rahmen des § 78 und flankierende prozessuale Maßnahmen vermieden werden, die eben nicht allein auf den Bereich der rechtstechnischen Vernehmungen beschränkt bleiben dürfen. Letzteres gilt auch für bewußte Umgehungen. Hier stellt sich die Frage einer Zurechnung für das die Umgehung veranlassende Strafverfolgungsorgan. Darauf wird später noch in anderem Zusammenhang einzugehen sein.¹⁾

5) Gefahr für Unmittelbarkeitsgrundsatz

Die außerhalb der Hauptverhandlung durchgeführten Befragungen des Sachverständigen mit Zeugen oder Beschuldigten könnten einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit bedeuten. Danach darf nur das in der Hauptverhandlung mündlich Vorgetragene Urteilsgrundlage werden.²⁾ Dieser Grundsatz ist immer dann verletzt, wenn sich "zwischen das Gericht und das Originalbeweismittel Zwischenglieder einschieben, durch die die Kenntnis der betreffenden Tatsache vermittelt wird."³⁾ Da die den Unmittelbarkeitsgrundsatz beinhaltenden Vorschriften der §§ 261, 264 das Gericht bei der Beweiswürdigung und der Urteilsfindung auf das Ergebnis der Verhandlung beschränken, § 264,⁴⁾ könnte eine eigene Befragungstätigkeit durch den Sachverständigen

1) vgl. unten S. 276

2) BGHSt 1, 373 (376) (Urt.v.30.10.1951); BGH NJW 1951, 771 (Urt.v.18.5.1951); vgl. etwa Kleinknecht, § 250, Rdnr.1; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 250, Rdnr. 1ff.; Kern-Roxin § 27 D (S. 140)

3) so von Hippel, 389; unter Berufung darauf auch Eb. Schmidt, LK Teil I, Rdnr. 447

4) Verhandlung i.S.d. § 264 ist natürlich die Hauptverhandlung, vgl. etwa Kern-Roxin a.a.O.

außerhalb der Hauptverhandlung einen Verstoß nach sich ziehen. Diese Befürchtung kann nicht einfach negiert werden. Es könnte im Einzelfall ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz zu beklagen sein, wenn nämlich in der Hauptverhandlung an die Stelle der Äußerungen des Befragten die des Sachverständigen träten, der zuvor "vernommen" hat.¹⁾ Der mögliche Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz resultierte dann zwar zunächst aus der Eigentätigkeit des Sachverständigen, letztlich verantwortlich wäre die nicht justizförmige Einbringung solchermaßen gewonnener Ergebnisse in die Hauptverhandlung.

Diese beiden Gesichtspunkte müssen getrennt behandelt werden. Letztlich kommt es entscheidend auf die justizförmige Introduktion an.²⁾ Diese Problematik wird unten im Zusammenhang erörtert.³⁾ Ohne den Ausführungen im einzelnen vorgreifen zu wollen, kann hier bereits konstatiert werden, daß ungeachtet der durch Eigentätigkeit des Sachverständigen möglicherweise begründeten Gefahrenquelle der effektive Verstoß durch das Gericht verhindert werden kann, er also letztlich auf prozessuale Unterlassungen der Justizorgane zurückzuführen wäre. Dabei ist auch jener Sonderfall nicht auszuklammern, daß das originäre Beweismittel nach Befragung durch den Sachverständigen nicht mehr

1) Eine solche Lösung wäre, wie Blau feststellt, - vgl. GA 1959, 293 (303) - sicherlich "wünschenswert im Interesse des Jugendschutzes", wenn man an den Sonderfall der Befragung jugendlicher Zeugen denkt; indes muß sie grundsätzlich auf die dargelegten prozessualen Bedenken stoßen.

2) vgl. BGH, FN 1) auf S. 95; auch Heinitz, Festschrift, 693(704/705) trifft diese Unterscheidung und konstatiert dann: "Entscheidend ist lediglich, daß das, was der Sachverständige außerhalb der Befundtatsachen ermittelt hat, ordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt wird."

3) vgl. Ausführungen S. 289 ff.

identifizierbar und sein Auftreten in der Hauptverhandlung unmöglich sein könnte.¹⁾ Einmal handelt es sich dabei um Ausnahmesituationen, die einer generalisierenden Folgerung kaum Grundlage sein können, zum anderen kann ein Verstoß auch dann durch Verzicht auf die Verwertung des zuvor Erfragten vermieden werden. Nach alledem lassen sich Bedenken im Hinblick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht gänzlich leugnen, "eine absolute Unzulässigkeit schon der Einholung solcher Informationen läßt sich jedoch aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht ableiten."²⁾

6) Vernachlässigung von Belehrungsvorschriften

Auch die Gefahr der Vernachlässigung bestehender Belehrungsvorschriften wird als Grund gegen sachverständliche Befragungen zur Sache vorgebracht.³⁾ Es sollte grundsätzlich keiner näheren Begründung bedürfen, daß Rechte, die zu befragenden oder vernehmenden Personen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden durch den Gesetzgeber eingeräumt worden sind, auch oder erst recht gegenüber dem Sachverständigen bestehen müssen und daß über die Existenz solcher Rechte auch belehrt werden muß. Es ist allerdings - so viel kann vorab bereits konstatiert werden - kein überzeugender Grund ersichtlich, warum die Einhaltung dieser Forderung nicht auch gegenüber dem Sachverständigen möglich sein sollte. Eigene Befragungen durch den Sachverständigen zu per-mittieren, muß nämlich keinesfalls gleichbedeutend sein mit der Duldung oder gar Forderung

1) Dazu grds. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244, Rdnr. 223 ff.; § 250, Rdnr. 24.

2) so mit Recht Krafft, 40

3) so Krafft, 41, der diesen Gesichtspunkt auf den Kreis der Befragten mit Zeugnisverweigerungsrecht beschränkt.

der Beschneidung prozessualer Rechte. Die späteren Ausführungen zur Belehrungspflicht stellen unter Beweis, daß auch bei Befragungen in richterlicher Abwesenheit ein lückenloser Schutz der Rechte von Zeugen und Beschuldigten gewährleistet werden kann. Dieser Gesichtspunkt vermag daher die Zulässigkeit eigener Befragungen zur Sache nicht ernsthaft in Frage zu stellen.

7) Aufgabe "idealer Aufgabenverteilung" zwischen Richter und Sachverständigem

Neben diesen zweifellos am häufigsten genannten Kriterien werden noch verschiedene andere Argumente im Schrifttum gegen eigene Fragen zur Sache durch den Sachverständigen vorgebracht.

So begründet beispielsweise Panhuysen ihre ablehnende Haltung unter anderem damit, es werde "die ideale Aufgabenverteilung, die Vernehmung zur Sache allein dem Richter vorzubehalten und den Sachverständigen auf die Exploration zur Person zu beschränken, aufgegeben."¹⁾

Sicherlich wäre unter dem Gesichtspunkt prozessualer Sicherheit und Überprüfbarkeit eine solch exakte Rollenverteilung ideal, hinsichtlich der praktischen Durchführbarkeit und Effektivität müssen indes Bedenken angemeldet werden. Der Sachverständige muß im Rahmen der Exploration Fragen an Zeugen und Beschuldigte stellen. Dabei handelt es sich - der Tätigkeit entsprechend - vorrangig um solche Fragen, die ein Eindringen in die Persönlichkeit und Psyche ermöglichen sollen. Die Vorstellung, dabei jegliche Frage zur Sache von vornherein ausklammern zu können glauben, scheint allerdings mehr theoretischer Betrachtung zu entspringen.

1) So Panhuysen S. 71

Soll der Sachverständige, wenn er an einen Punkt gelangt, an dem eine Frage zur Sache sich als erforderlich und allein Fortgang prognostizierend erweist, die Befragung abbrechen, um danach den Weg über § 80 zu beschreiten oder diese Frage der richterlichen Vernehmung zu überlassen? Oder soll er, wenn sich im Laufe der Unterredung Anhaltspunkte für neue Erkenntnisse zur Sache ergeben, ohne daß der Sachverständige es von vornherein auf derartige Erkenntnisse angelegt hat, die Unterredung abbrechen mit dem Risiko, daß der Befragte bei späterer Vernehmung diese Angaben nicht mehr macht? Es scheint auch unter diesen Gesichtspunkten wenig opportun, dem Sachverständigen a priori Fragen zur Sache als unzulässig zu verwehren. Dabei ist es meines Erachtens auch prozessual nicht bedenklich, das Interesse an der Wahrheitsfindung mit zu berücksichtigen, selbst wenn, wie mehrfach betont wurde, der Sachverständige nicht gezielt zur Ermittlungsarbeit eingesetzt werden darf, dies schon gar nicht zur Umgehung prozessualer Grenzen der an sich Ermittlungsverpflichteten. Auch unter Berücksichtigung einer idealen Aufgabenverteilung zwischen Sachverständigem und Strafverfolgungsorganen sollten daher eigene Befragungen zur Sache durch den Sachverständigen nicht unzulässig sein.

8) Denkbare Beschränkung der Verteidigung

a) Befragung in Abwesenheit

Ein anderer Gesichtspunkt, der gegen eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen vorgebracht wird, ist eine mögliche Beschränkung der Verteidigung bzw. - damit verbunden - der Rechte

des Beschuldigten.¹⁾ Diese Beschränkung könnte einmal darin gesehen werden, daß der Sachverständige Angehörige des Beschuldigten oder sonstige Personen in Abwesenheit der Verteidigung befragt. Zwar hat der Verteidiger im Ermittlungsverfahren nicht bei jeder Vernehmung das Recht auf Anwesenheit. Während § 168 c Abs. 1 und 2 das Recht der Verteidigung auf Anwesenheit bei richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten bzw. Zeugen normiert, fehlt eine solche Regelung hinsichtlich polizeilicher oder staatsanwaltlicher Vernehmungen.²⁾ Es soll hier nicht näher untersucht werden, ob dem Verteidiger bei Befragung durch den Sachverständigen ein Anwesenheitsrecht zustünde, da sich ein solches in praxi gerade bei der Tätigkeit des Sachverständigen - vgl. etwa den Fall des § 81 - ohnehin nur bedingt realisieren ließe. Entscheidend dürfte vielmehr sein, ob eine Restriktion der Verteidigungsmöglichkeiten tatsächlich vorliegt und diese auch gravierend genug ist, um darauf - zumindest mitursächlich - ein Verbot eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen stützen zu können. Dies erscheint zweifelhaft. Wenn Weimann meint, der Verteidiger werde von Ausführungen des Sachverständigen "überrascht" und "zwangsläufig in eine sehr schwierige Situation gebracht"³⁾, wenn der Sachverständige über

1) vgl. etwa Weimann, JR 1951, 198

2) In § 161 a StPO fehlt eine entsprechende Verweisung auf § 168 c, während in § 163 a Abs. 3 S. 2 die für die richterliche Vernehmung geltende Vorschrift des § 168 c Abs. 1, Abs. 5 ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt wurde. Der Grund ist darin zu sehen, daß staatsanwaltlichen Protokollen nicht die Beweiskraft richterlicher Vernehmungsprotokolle zukommt (vgl. Löwe-Rosenberg-Meyer-Goßner, § 161 a Rdnr. 4, 13)

3) so Weimann, a.a.O., 199

Anhörungen von Beschuldigten oder Zeugen dann in der Hauptverhandlung berichte, so kann dem entgegengehalten werden, daß der Verteidiger wohl ebenso überrascht würde, wenn die entsprechenden Ausführungen von diesen Personen selbst in der Hauptverhandlung vorgebracht würden. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz soll an dieser Stelle einmal außer Betracht bleiben, da er - wie bereits erwähnt - vorrangig die Einführung bzw. Verwertung betrifft. Es könnte sicherlich eine Behinderung der Verteidigung darstellen, wenn diese keine Gelegenheit bekäme, etwaige Zeugen selbst zu ihren Aussagen zu befragen, die der Sachverständige zuvor erhalten hätte und für sein Gutachten verwerten wollte. Dies aber wäre eben weniger eine Frage der potentiellen Behinderung der Verteidigung als vielmehr der justizförmigen Einbringung solcher Aussagen in das Verfahren.

b) Verkennung der Sachverständigenstellung

Mehr Gewicht hat das Argument, der Beschuldigte werde bei Befragungen durch den Sachverständigen in diesem in erster Linie den Arzt oder Psychologen, mit anderen Worten den Helfer sehen, nicht aber eine Person, die im Auftrag der Strafverfolgungsorgane tätig ist und würde es demzufolge leicht an jener "Gespanntheit und Aufmerksamkeit" fehlen lassen, die er ansonsten aufzubringen pflege.¹⁾ Mag man dies auch im Hinblick auf die Wahrheitsfindung als wünschenswert ansehen, so kann einem solchen Wunschdenken schon unter dem Gesichtspunkt jeglicher Belehrungsratio keine Bedeutung beigemessen werden; zudem spielen solche Überlegungen im Zusammenhang mit der Frage eine

1) Weimann a.a.O.

Rolle, ob der Beschuldigte zuvor auf die prozessuale Stellung des Sachverständigen hingewiesen werden muß. Da dies im Ergebnis zu bejahen ist¹⁾, läßt sich daraus ein überzeugendes Argument auch nicht herleiten. Weimann betrachtet die Problematik - aus seiner Position verständlich - wohl etwas zu einseitig aus der Sicht des Verteidigers, wobei sich der von ihm eingenommene Standpunkt allerdings nicht in jedem Falle günstig für den Mandanten auswirken muß.²⁾ Hinzu kommt, daß Weimanns Ansicht sich auch auf die Sorge wegen einer fehlenden gesetzlichen Belehrungspflicht für den Sachverständigen gründet. Diese Belehrungspflicht wird hier aber - was unten näher auszuführen ist³⁾ - bejaht.

9) Verschiebung der Gewichte zwischen Vor- und Hauptverfahren

Wenig Überzeugend dürfte letztlich auch der Vorwurf sein, durch Erforschung des Tatgeschehens seitens des Sachverständigen würden die in der Strafprozeßordnung "wohlabgewogenen Gewichte von Vorverhandlung und Hauptverhandlung" verschoben.⁴⁾

1) vgl. unten S.178 ff.

2) So weist z.B. Krafft, 31, sicherlich mit einiger Berechtigung darauf hin, daß die von Weimann angegriffene Eigentätigkeit des Sachverständigen durchaus auch im Interesse des Beschuldigten liegen könne im Hinblick auf ein "vollständiges und zutreffendes Gutachten!"

3) vgl. Ausführungen S. 186

4) so Roesen, NJW 1964, 442, der sich allerdings speziell auf den Sittlichkeitsprozeß mit kindlichen Zeugen bezieht. Für diesen Fall mag die Argumentation Roesens insbesondere zutreffen; der Grundgedanke dürfte aber für jeden Prozeß gelten, bei dem ein psychologischer Sachverständiger vorbereitende Ermittlungen anstellt.

Daß dem Vorverfahren eine bestimmte Bedeutung für das gesamte Strafverfahren zukommt, ist unbestritten.¹⁾ Ohne die Vorbereitungshandlungen des Vorverfahrens wäre der Ablauf der Hauptverhandlung in der vom Gesetzgeber gewollten Form nicht möglich. Ebenso unbestritten ist auch, daß die Hauptverhandlung, in welcher wiederum die Beweisaufnahme dominiert, das Kernstück des Verfahrens darstellt. Roesen²⁾ befürchtet, durch die Eigentätigkeit des Sachverständigen könnte die Hauptverhandlung einen Teil der ihr zukommenden Bedeutung einbüßen, zugunsten des Vorverfahrens, in dem der selbst ermittelnde Sachverständige bereits die Weichen für den Verlauf des Verfahrens stellen könnte. "Wie ein Felsblock, statisch, ragt die Explorations-Aussage in die Dynamik der Hauptverhandlung hinein."³⁾ Dies habe zur Folge, daß die eigentliche Wahrheitsfindung weniger als bisher Gegenstand der Hauptverhandlung sein, die Entscheidung vielmehr bereits in der Exploration fallen werde und daß es in der Hauptverhandlung nur mehr um Bestätigung dieses Ergebnisses gehe. Diese "Denaturierung"⁴⁾ der Hauptverhandlung könne nicht akzeptiert werden.

Ähnliche Befürchtungen äußert auch Panhuysen. Sie glaubt, daß die "eigentlich wichtige Aussage... vor dem Sachverständigen" gemacht "und vor dem Gericht nur mehr oder weniger wiederholt" werde.⁵⁾ Dem steht entgegen, daß -

1) Dies räumt auch Roesen a.a.O., 443, ein

2) Roesen a.a.O.

3) vgl. Roesen a.a.O.

4) so Roesen a.a.O.; zustimmend Redelberger, NJW 1965, 1990

5) Panhuysen, 107/108

um Roesens Terminologie aufzugreifen - eine gewisse Verlagerung der Gewichte zwischen den beiden Verfahrensabschnitten letztlich bei jeder Tätigkeit des Sachverständigen zu konstatieren ist. Dies bringt die besondere Bedeutung des Sachverständigenbeweises, auf die mehrfach hingewiesen wurde, mit sich. Für einzelne Arten von Sachverständigen mag dies nicht gelten, für die hier interessierenden psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen gilt es sicherlich. Die vorbereitende Tätigkeit des Sachverständigen wird zu einem großen Teil in das Vorverfahren fallen. Daran ändert die Tatsache nichts, daß das Gutachten natürlich erst in der Hauptverhandlung aufgrund der durch die bestätigten oder neu erbrachten Tatsachen erstellt wird. Würde der Sachverständige den Weg des § 80 exakt einhalten und die Befragungen im Vorverfahren in richterlicher Anwesenheit durchführen - die Regelung des § 80 beschränkt sich ja nicht auf die Hauptverhandlung - so müßte diese Verlagerung ebenfalls festgestellt werden, wobei konzediert werden kann, daß die Fragen teilweise unterschiedlich ausfallen könnten. Diese Divergenz kann aber nicht so relevant sein, daß man nur im Falle der Eigentätigkeit des Sachverständigen ohne Anwesenheit der Strafverfolgungsorgane von einer Denaturierung der Hauptverhandlung sprechen könnte. Dieses Problem scheint eher ein der Sachverständigenexplosion allgemein anhaftendes zu sein. Daß der Sachverständige aber einen entscheidenden Teil seiner Tätigkeit im Vorverfahren erfüllt, wird sich nicht vermeiden lassen. Die eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen kann zwar die Entwicklung in dieser Richtung beeinflussen, von determinierender Bedeutung dürfte sie indes nicht sein.

10) Verzicht auf "Zerreißprobe der Hauptverhandlung"

Gegen eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen wird ferner eingewendet, sie sei der Wahrheitsfindung deshalb nicht förderlich, weil die "Zerreißprobe der Hauptverhandlung" fehle, die ein "viel geeigneteres Instrument der Wahrheitsfindung als die Tests und Explorationen des psychologischen Sachverständigen" sei.¹⁾

a) Möglichkeiten der Auswirkungen

Es ist sicherlich zutreffend, daß die "dramatische Situation der Hauptverhandlung" auf Personen, denen die Gerichtspraxis fremd ist, nicht ohne Wirkung bleiben wird und daher in vielen Fällen "besonders günstige Voraussetzungen für die Wahrheitsfindung schaffen kann."²⁾

Es macht einen Unterschied, ob eine Äußerung außerhalb des Gerichtssaales gemacht wird in nahezu privater Umgebung oder innerhalb des strengen "Rituals" der Hauptverhandlung, dessen Wirkung sich gerichtsunkundige Personen erfahrungsgemäß nur schwer oder gar nicht entziehen können. Dabei wird man eine solche Wirkung nicht nur auf die Hauptverhandlung selbst beschränken müssen, sondern wird sie auf jede, in Anwesenheit der Strafverfolgungsorgane durchgeführte förmliche Vernehmung ausdehnen können.

1) So Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (351) unter Berufung auf Schnetz; dieser wiederum bezieht sich - vgl. S. 97 ff. - auf die Entscheidung des BGH v. 14.12.1954=BGHSt 7, 82.

2) vgl. Blau a.a.O. (allerdings speziell im Hinblick auf die Befragung von Kindern).

Diese Wirkung mag sich bei dem einzelnen in durchaus unterschiedlichen Reaktionen äußern. Detaillierte psychologische Studien können und sollen hier natürlich nicht angestellt werden. Ohne weitergehende Kenntnisse auf diesem Gebiet wird man indes behaupten können, daß eine Einschüchterung, verbunden mit der Furcht vor möglichen, vorher angedrohten, im einzelnen aber nicht voll perzipierten Folgen aus der besonderen Atmosphäre der Hauptverhandlung ebenso resultieren kann wie etwa eine Trotzreaktion, diesen als "von oben" beabsichtigt vermuteten Effekt gerade nicht eintreten zu lassen.

Während sich letztere vermutlich negativ auf die Wahrheitsfindung auswirken würde, läßt sich umgekehrt ein positiver Effekt im ersten Fall nicht ohne weiteres konstatieren. Zwar kann die "dramatische Situation" sehr wohl zu einer unbedingten Hinwendung zur Wahrheit führen. Die Furcht vor eventuellen Folgen kann aber auch ergeben, daß der Aussagende bei einer vorher gemachten - falschen - Aussage bleibt, um sich nicht im nachhinein als Lügner desavouieren zu müssen.¹⁾ Die Fälle, in denen die Hauptverhandlung eine läuternde Funktion ausüben würde, können für die hier anstehende Problematik außer Betracht bleiben. Diese, der Wahrheit förderliche Funktion würde sich unabhängig davon einstellen, ob vorherige Befragungen durch den Sachverständigen erfolgt sind oder nicht.

1) Diese psychologische Situation führt ja in ähnlicher Form zu der Konsequenz der Beerdigung einer zuvor uneidlich gemachten Falschaussage.

b) Relevanz nur bei Negativ-Effekt

Ungünstig könnten sich vorherige Befragungen des Sachverständigen aber für die Gruppe derer auswirken, die bei einer zuvor gemachten Aussage bleiben. Denn dann könnte eine vorherige unzutreffende Aussage vor dem Sachverständigen in der Hauptverhandlung aufrechterhalten und damit in das Verfahren hineingetragen werden.

aa) Voraussetzung

Dies aber setzt die Annahme voraus, die Befragung durch den Sachverständigen allein, in Abwesenheit der Strafverfolgungsorgane, fördere eine Falschaussage. Wäre diese Gefahr nicht größer als bei vorherigen Vernehmungen durch die Strafverfolgungsorgane, so ließe sich damit nicht wirksam argumentieren.

bb) Meinungsstand

In diesem Punkt gehen die Meinungen auseinander. Während die einen dem strengen Vernehmungsritual einen der Wahrheitsfindung positiven Einfluß zumessen¹⁾, sehen andere diesen gerade in der ungezwungeneren, der "erschreckend fremdartig anmutenden gerichtlichen Atmosphäre"²⁾ entrückten Unterhaltung mit dem Sachverständigen. Daß letzteres gerade für die Befragung von Kindern Geltung haben wird, scheint weitgehend anerkannt.³⁾

1) So z.B. Schmitz, 21, der darauf verweist, daß die Gefahr falscher Aussagen vor dem Sachverständigen wachse, wenn bereits bei richterlichen Vernehmungen unter Eid "bekanntlich sehr viele falsche Auskünfte abgegeben werden." Schmitz schlägt deshalb vor, bei wichtigen Auskünften anschließend noch eine förmliche richterliche Vernehmung anzuregen.

2) So Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (351)

3) vgl. etwa BGHSt 7, 82 (Urt. v. 14.12.1954); Blau a.a.O.

Der BGH sieht im "vertraulichen Gespräch" des Kindes mit dem Sachverständigen eine Situation, "die der seines eigenen Lebens wesentlich näher ist"¹⁾ als die Hauptverhandlung.

c) Stellungnahme und Ergebnis

Dies dürfte grundsätzlich zutreffend sein. Andererseits wird sich kaum bestreiten lassen, daß ein Kind in solch vertraulicher Situation auch eher einmal etwas falsches sagen zu können glaubt, ohne unangenehme Folgen zu befürchten. Bei offiziellen Vernehmungen hingegen wird eine solche Annahme auch bei Kindern kaum auftauchen. Eine eindeutige Entscheidung pro oder contra läßt sich daher an dieser Stelle nicht treffen. Sie wird sich möglicherweise überzeugend nie treffen lassen, da zuviele individuelle Faktoren eine Rolle spielen können, die Verallgemeinerungen schwerlich zulassen. Dies gilt im übrigen nicht nur für die Aussage von Kindern, sondern in ähnlichem Maße auch für die Erwachsener.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß sowohl Vernehmung durch Strafverfolgungsorgane als auch Befragung durch den Sachverständigen sich im Hinblick auf das Bemühen der Befragten, die Wahrheit zu sagen, positiv wie negativ auswirken können.²⁾ Die Behauptung, eigene vorherige Befragungen durch den Sachverständigen förderten falsche Aussagen, an denen die befragten Personen dann auch in der Hauptverhandlung - aus welchen Gründen auch immer - festhalten könnten, läßt sich daher nicht aufrechterhalten.

1) BGH a.a.O.

2) So auch Blau a.a.O. m.w.N.

Sie läßt sich daher auch nicht als Argument gegen eigene Befragungen des Sachverständigen zur Sache verwerten.

11) Unkritische Übernahme von Aussagen

In diesem Zusammenhang soll auch die Befürchtung diskutiert werden, der Sachverständige könne Lügen, die ihm im Verlauf eigener Befragungen unterbreitet werden könnten, unter Umständen als Wahrheiten akzeptieren, ohne sich mit denkbaren Gegenargumenten auseinanderzusetzen, wie dies die Strafverfolgungsorgane zu tun pflegten.¹⁾ Auf die Gefahr möglicher Voreingenommenheit des Sachverständigen wurde bereits oben im Zusammenhang mit der Frage uneingeschränkter Akteneinsicht hingewiesen.²⁾ Der Sachverständige könnte sich - wie dort dargelegt -, von unzutreffenden oder der Zugrundelegung nicht zulässigen Umständen ausgehend, ein Urteil bilden, von dem abzuweichen er dann später nicht mehr willens oder in der Lage wäre. Dagegen spricht - wie oben expliziert³⁾ - primär die Nichtbeweisbarkeit des Anwachsens falscher Aussagen gegenüber dem Sachverständigen; denn nur bei Falschaussage könnte sich die genannte Befürchtung realisieren. Da zudem die Fälle außer Betracht bleiben müssen, in denen die Falschaussage auch bei förmlicher Vernehmung erfolgt wäre, kommt diesem Argument nur mehr in einer geringen Anzahl von Fällen Bedeutung zu; eine allgemeine Relevanz für die gesamte eigene Befragungstätigkeit des Sachverständigen läßt sich daraus meines Erachtens nicht begründen.

1) So Bresser, Festschrift, 665 (678)

2) vgl. oben S. 39 ff.

3) vgl. oben S. 113 ff.

Überdies obliegt es auch insoweit dem Richter im Rahmen seiner Verantwortlichkeit aus § 78, den Sachverständigen auf diese Gefahr hinzuweisen und ihn zu entsprechender Vorsicht und kritischer Würdigung anzuhalten.

Dieses Ergebnis steht nicht in Widerspruch zu dem oben im Zusammenhang mit der Aktenkenntnis gewonnenen.¹⁾ Denn während dort Zusendung gleichbedeutend ist mit Kenntniserlangung deren Inhalts und Gefahr der Zugrundelegung durch den Sachverständigen, setzt solche Kenntniserlangung bei eigenen Befragungen zunächst noch die Falschaussage des Befragten voraus, deren Wahrscheinlichkeit - vgl. obige Ausführungen - nach eingehender Überlegung für nicht größer erachtet wurde. Es ist insoweit also - im Unterschied zu der Akteneinsicht - noch ein entscheidender Punkt zwischengeschaltet, der es rechtfertigt, zu einem unterschiedlichen Ergebnis zu kommen.

12) Gefahr für Menschenwürde des Exploranten

Auch die Behauptung, im Verlauf einer Exploration werde die Menschenwürde des Exploranten in Frage gestellt, werde dieser zum "Wahrheitserforschungsmaterial" degradiert²⁾ und in seine "ureigenste Intimsphäre"³⁾ eingedrungen, wird näherer Überprüfung nicht standhalten können. Daß der Sachverständige bei seiner Tätigkeit - unabhängig von der Anwesenheit von Richter oder Staatsanwalt - nicht frei von rechtlichen Grenzen sein

1) vgl. oben S. 39 ff.

2) so Bockelmann, GA 1955, 321 (335), der damit aber offensichtlich nicht Befragungen meint, sondern sonstige "Ausforschungsmethoden"; zustimmend Blau, GA 1959, 293 (302)

3) so etwa Hörstel, DVBl 1964, 1009; ebenso OVG Bremen, DVBl 1963, 69 und DAR 1963, 364 (Urt.v.23.10.1962) (Urt.v.2.7.1963)

kann, die ihm entweder von der Prozeßordnung oder dem Grundgesetz auferlegt werden - Art und Umfang werden unten im Zusammenhang expliziert - sollte eigentlich keiner näheren Begründung bedürfen.

a) Inhalt denkbarer Verstöße

Der Vorwurf der Degradierung zum bloßen Ermittlungsobjekt dürfte daher in erster Linie auf Situationen abzielen, die jenseits der Grenze erkennbarer Gesetzesverstöße liegen. Man mag vielleicht in jeder eindringlichen Befragung eine Art von Entpersönlichung sehen, wenn man die Grenze dafür entsprechend eng zieht. Gerade die Tätigkeit des psychologischen Sachverständigen, dessen Zuziehung doch grundsätzlich im Hinblick auf eine fundierte Persönlichkeitserforschung erfolgen wird, erfordert zwangsläufig ein möglichst tiefes Eindringen in die Psyche des Probanden.¹⁾ Eine oberflächliche Beobachtung wäre auch ohne den Sachverständigen möglich. Man muß natürlich ein besonderes Einfühlungsvermögen auf Seiten des Sachverständigen verlangen; dies wird bei ihm im Regelfall indes eher unterstellt werden können als bei den in dieser Hinsicht nicht unbedingt geschulten Strafverfolgungsorganen.

b) Grundsätzliche Bedenken bei Vernehmung

Gerade auch die Vernehmungen in der Hauptverhandlung, die dort von Staatsanwaltschaft und

1) So auch Schuster, 27, der allerdings mit Recht konstatiert, "daß psychologische Verfahren, selbst wenn mit ihrer Hilfe intimste seelische Bereiche erforscht werden", nicht gleichbedeutend seien mit Verstößen gegen die Menschenwürde.

Verteidigung gestellten Fragen, können den Eindruck einer Entpersönlichung vermitteln. Oft genug sieht sich der Angeklagte oder Zeuge bohrenden Fragen durch Staatsanwaltschaft oder Verteidigung ausgesetzt, deren einziges Ziel darin zu liegen scheint und oft auch tatsächlich darin liegt, den Befragten bloßzustellen, um den Wert seiner Aussage in Frage zu stellen. Es können daher durchaus Situationen entstehen, die an die Grenze der Verletzung der Menschenwürde heranreichen, sogar ihre Überschreitung vermuten lassen. Im Interesse der Wahrheitsfindung wird die Grenze hier nicht zu eng gezogen werden dürfen, da eine wahrheitsgetreue Aussage oftmals erst in einer solchen Situation erfolgen wird oder die Enthüllung bestimmter Tatsachen einfach erforderlich ist, um ein - auch negatives - Bild von einer Person aufzeigen zu können. Infolgedessen wird gegen den Vorwurf, der Explorand werde zum Objekt des Sachverständigen herabgewürdigt¹⁾, offenbar nicht zu Unrecht remonstriert, eine solche Befürchtung sei innerhalb der Hauptverhandlung weit eher angebracht.²⁾ Demgegenüber habe die Einschaltung eines psychologischen Sachverständigen "im Gegenteil eine Vermenschlichung"³⁾ zur Folge.

c) Abwägung

Für diese Ansicht spricht meines Erachtens mindestens ebenso viel wie für die Gegenmeinung⁴⁾,

1) Bockelmann, GA 1955, 321(335): "Jede Exploration stempelt den, der ihr unterworfen wird, bis zum gewissen Grade zum Objekt des Verfahrens."; a.A.: Blau a.a.O. m.w.N.

2) so etwa Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (351)

3) vgl. Blau a.a.O.

4) so im Ergebnis wohl auch Blau, a.a.O., 351/352; ders. GA 1959, 293 (302).

die doch wohl eher Fälle im Auge (gehabt) zu haben scheint, in denen der Explorand quasi als Versuchskaninchen des Sachverständigen behandelt wird. Solche Fälle müssen in der Tat außerhalb der Diskussion stehen. Die Unantastbarkeit eines bestimmten Persönlichkeitsbereichs muß gerade im Strafprozeß, in dem der Einzelne staatlicher Machtfülle gegenübersteht, garantiert sein.¹⁾ Gewisse Einschränkungen müssen zwar - wie oben verdeutlicht wurde - im Interesse einer effektiven Wahrheitsfindung hingenommen werden. Insoweit haben die Individualbelange hinter die Interessen der Allgemeinheit zurückzutreten. Es vermag indes nicht einzuleuchten, daß die Gefahr wirklicher Verstöße bei eigener Tätigkeit des Sachverständigen größer sein soll als bei Vernehmungen im prozessualen Sinne. Die von einigen befürchtete Gleichsetzung der Exploration mit einer Degradierung zum Objekt²⁾ ist meines Erachtens jedenfalls nicht zu bejahen. Davon unberührt bleibt die Tatsache, daß sowohl Vernehmung als auch Befragung durch den Sachverständigen eine Belastung für den Befragten bedeuten können. Daraus könnte die Forderung deduziert werden, auf eigene Befragungen durch den Sachverständigen müsse deshalb verzichtet werden, weil das Bestreben dahin gehen müsse, die Belastung möglichst gering zu halten. Da die richterliche Vernehmung im Rahmen der Hauptverhandlung natürlich unverzichtbar ist, müßte eine Einschränkung zwangsläufig zu Lasten der Tätigkeit des Sachverständigen gehen. Es muß indes bezweifelt werden, ob dies eine in Bezug auf die Wahrheitsfindung adäquate Forderung ist, zumal

1) so mit Recht Bockelmann, GA 1955, 321 (335)

2) so Bockelmann a.a.O.

die Möglichkeit mehrfacher Befragung und damit steigender Belastung auch ohne Einschaltung eines Sachverständigen gegeben ist. Den entscheidenden Unterschied allein in der Befragung durch verschiedene Personen zu sehen, scheint wenig überzeugend. Dies umso mehr, als vor richterlicher Vernehmung in der Regel bereits Staatsanwaltschaft oder Polizei tätig gewesen sein dürften.

Die bislang zur Diskussion gestellten Kriterien sind also kaum geeignet, überzeugende Argumente gegen eigene Befragungen durch den Sachverständigen zur Sache abzugeben. Die konträren Stimmen im Schrifttum sind damit allerdings auch noch nicht erschöpft.

13) Falsche Einstellung des Sachverständigen

a) "Jagdfieber" des Sachverständigen

So wendet beispielsweise Hepner¹⁾ ein, daß der Sachverständige sich im Rahmen solcher Tätigkeit als Richter und Staatsanwalt in einer Person fühle. Sicherlich wird sich niemals ausschließen lassen, daß in dem einen oder anderen Sachverständigen das "Jagdfieber" entbrennt, daß er vergißt, daß für ihn die Psyche des Probanden im Vordergrund zu stehen hat, zu deren Beurteilung möglicherweise einzelne Fragen zur Sache dienlich oder auch notwendig sein mögen, nie jedoch die Überführung des Täters Ziel der Befragung sein darf. Es ist im Einzelfall nicht undenkbar, daß ein falsches Verständnis im Hinblick auf diesen Punkt dem Sachverständigen opportun erscheinen läßt, mit neuen Tatsachen zum

1) Hepner, Kriminologische Schriftenreihe Bd. 21 (1966), 57

Tatgeschehen aufwarten zu wollen. Möglicherweise will der eine oder andere gar den Strafverfolgungsorganen als den vom Gesetz dazu Berufenen demonstrieren, daß er diesen Aufgaben mindestens ebenso gut gewachsen ist.

Derartige Befürchtungen mögen sich im Einzelfall bestätigen.¹⁾ Damit aber steht die prozessuale Schädlichkeit solchen Tuns noch nicht fest; sie wird erst durch nachfolgende prozessuale Versäumnisse effektuiert; zum anderen muß dieser Gesichtspunkt auch in Relation zu den mit eigenen Befragungen möglicherweise verbundenen Vorteilen gesehen werden, auf die noch näher einzugehen sein wird. Die prozessuale Schädlichkeit ließe sich trotz noch nicht erfolgter Einführung in den Prozeß doch nur dann affirmieren,

1) Krafft, 54 ff., weist auf "das Problem des kriminalistischen" Jagd- oder Verfolgungseifers" von Sachverständigen bei der Vorbereitung des Gutachtens" anhand der Fälle Rohrbach und Hetzel hin. (vgl. auch die Darstellung dieser Fälle bei Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß Bd. 1, 105-137 und Bd. 2, 168). Dort hatte es sich zwar nicht um psychologische bzw. psychiatrische Sachverständige gehandelt, Krafft sieht diese Problematik indes als eine dem Sachverständigenbeweis allgemein anhaftende an. (vgl. Krafft a.a.O., FN 2). Krafft sieht diese Problematik auch im Zusammenhang mit der Frage, ob der im Ermittlungsverfahren aufgetretene Sachverständige auch derjenige des Hauptverfahrens sein müsse und weist auf die Gefahr sogenannter "Haussachverständiger" hin. (Vgl. dazu auch Kohlhaas, NJW 1962, 1329 (1331); Seibert, NJW 1962, 135 (137), der vom "Sachverständigen vom Dienst" spricht). Die Lösung sieht Krafft in Anlehnung an den BGH (LM Nr. 2 zu § 74 StPO (Urt.v. 24.6.1958); BGHSt 18/214 (Urt. v. 11.1.1962) darin, in beiden Verfahrensabschnitten unterschiedliche Sachverständige zu benennen, wenn die Sachverständigentätigkeit im Vorverfahren über eine Beratung hinausgegangen ist.

wenn von der Strafprozeßordnung eigentlich geschützte Interessen der zu befragenden oder dritter Personen bereits durch die Befragung selbst beeinträchtigt würden. Zu diesem Ergebnis kann man aber nach den bisherigen Erörterungen nicht kommen. Dennoch birgt ein solches Verhalten des Sachverständigen eine Gefahr, auf die im Anschluß an die auch denkbare umgekehrte Entwicklung eingegangen wird.

b) Arztposition des Sachverständigen

Sieht also Hepner die Gefahr darin, daß der Sachverständige unter Umständen zu sehr dem Jagdfieber erliegen könnte, so läßt sich umgekehrt auch folgende Überlegung nicht ausschließen: der Sachverständige könnte seine durch § 79 Abs. 2 postulierte Neutralität - wenn auch nur unbewußt - aufgeben, dergestalt, daß er dem "Patienten" als Arzt oder verständnisvoller Helfer gegenübertreten will, in einer Rolle also, die ihm durch seine medizinische bzw. psychologische Ausbildung zugewiesen wird und die in seiner Funktion als Sachverständiger abzulegen ihm dann verständlicherweise nicht leicht fallen dürfte. Daß auch eine Einseitigkeit in dieser Richtung nicht im Interesse objektiver Wahrheitsfindung sein kann, liegt auf der Hand. Zwar soll - worauf bereits mehrfach hingewiesen wurde - die Wahrheitsfindung nicht Ziel sachverständlicher Befragungen sein; indes kann nichts Negatives oder gar Unzulässiges darin gesehen werden, wenn die Fragen des Sachverständigen, die zur Erstellung des Gutachtens benötigt werden, gleichzeitig der Wahrheitsfindung förderlich sind.

Außerdem ist zu befürchten, daß der Sachverständige, der aufgrund einseitiger Ermittlungen ein zu positives Bild gewonnen hat, sich davon später nicht zu lösen vermag, auch wenn dieses Bild in der Hauptverhandlung eine Korrektur erfährt.

Es bleibt also festzuhalten, daß eine falsche Einstellung des Sachverständigen, die sich einmal in unangebrachtem Jagdeifer, ein anderes Mal in zu unkritischer und "zu ärztlicher" Betrachtung konkretisiert, insoweit prozessual unschädlich ist, als eine Korrektur in der Hauptverhandlung vorgenommen werden kann.

c) Auswirkungen auf den Sachverständigen

Nur schwer oder aber gar nicht mehr korrigierbar könnte indes die Beeinflussung sein, die solchermaßen gewonnene "Tatsachen" bei dem Sachverständigen hervorrufen könnten. Dabei ist es unerheblich, ob der Grund darin zu sehen ist, daß der Sachverständige einseitig in der einen oder anderen Richtung erfragt oder darin - dieser Gesichtspunkt wurde bereits erörtert -, daß der Befragte infolge fehlenden psychologischen Druckes der Hauptverhandlungsatmosphäre lügt. Es besteht die Gefahr, daß der Sachverständige sich die einmal gewonnenen Erkenntnisse zu eigen macht. Ob er dann später, sofern sich die prozessuale Unverwertbarkeit dieser Erkenntnisse als Gutachtengrundlage ergeben sollte, zu einer Korrektur der Tatsachen und damit unter Umständen ja auch zu einer Korrektur seiner gutachterlichen Feststellungen bzw. Schlußfolgerungen bereit wäre, muß bezweifelt werden. Ähnliche Überlegungen sind bereits im Zusammenhang mit der Aktenüberlassung angestellt worden.¹⁾

1) vgl. Ausführungen S. 50 ff.

Es läßt sich nicht leugnen, daß zumindest teilweise versucht werden könnte, das einmal gewonnene Ergebnis um jeden Preis zu halten. Darin muß ein negativer Aspekt eigener Befragungen des Sachverständigen zur Sache gesehen werden.

14) Zwischenergebnis

Sicherlich läßt sich auch bei Befragungen in Anwesenheit von Strafverfolgungsorganen - also bei dem Weg über § 80 - nicht ausschließen, daß falsche Tatsachen ermittelt und zur Urteilsgrundlage gemacht werden könnten. Dieses allgemeine prozeßimmanente Risiko muß jedoch hingenommen werden, will man nicht die Prozeß- und Beweisführung von Grund auf verändern. Gegenüber eigenen Befragungen des Sachverständigen hingegen läßt sich einwenden, sie seien im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen und daher erscheine es wenig opportun, das ihnen immanente Risiko hinzunehmen. Ob dieses Kriterium letztlich geeignet ist, darauf die Forderung nach Unzulässigkeit eigener Befragungen des Sachverständigen zu gründen, muß bezweifelt werden, zumal wenn man die positiven Aspekte derartiger Befragungen gegenüberstellt.

III. Kriterien zugunsten eigener Ermittlungen

1) Gutachtenerstellung "nach bestem Wissen und Gewissen"

Als entscheidendes Kriterium für eigene Ermittlungen des Sachverständigen wird immer wieder vorgebracht, ohne sie sei der Sachverständige nicht in der Lage, seinen gesetzlichen Auftrag, ein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen -

vgl. § 79 Abs. 2 - zu erstellen, entsprechen zu können.¹⁾

a) Inhalt der Forderung

So fordert beispielsweise Redelberger: "Nur eine Forensische Psychologie, die ... vor Erstellung des Gutachtens alle Möglichkeiten erschöpft, die für die Glaubwürdigkeitsbeurteilung von Bedeutung sein können, ... wird nicht zu einer Gefahr für den Mitbürger, unterstützt die Arbeit aller Beteiligten in einem Gerichtsverfahren und dient der Findung der Wahrheit."²⁾ Und Heinitz konstatiert: "... in jedem Fall wird der Sachverständige neben den "Befundtatsachen" auch "Zusatztatsachen" zur Abgabe seines Gutachtens benötigen."³⁾

b) Differenzierte Betrachtung gegenüber Erörterungen bezüglich Akteneinsicht

Es sollen an dieser Stelle nicht noch einmal jene Argumente rekapituliert werden, die für eine möglichst umfassende Informierung des Sachverständigen bei der Frage der Akteneinsicht vorgebracht worden sind. Es soll nur zusammenfassend noch einmal an das Ergebnis erinnert werden, daß nämlich Aktenkenntnis sicherlich

1) so z.B. Redelberger, NJW 1965, 1990; Heinitz Festschrift, 693 (697). Es kann i.d.Z. auch auf die bei der Frage der Erforderlichkeit genereller Akteneinsicht gemachten Ausführungen - vgl. oben S. 33 - verwiesen werden. Ähnlich auch Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 7; Jessnitzer, 187, 191

2) so Redelberger a.a.O.

3) Heinitz, a.a.O., 696; Heinitz bezieht sich dabei auf die vom BGH vorgenommene Unterscheidung in Befund- und Zusatztatsachen, vgl. dazu näher S. 251

das Sichtfeld des Sachverständigen erweitert, andererseits aber auch Voreingenommenheit und damit Gefahren erzeugen kann und daß der Richter im Rahmen seiner Ermessensentscheidung zwischen beiden Kriterien abwägen muß, daß Aktenkenntnis jedenfalls nicht immer von Nutzen sein muß.

Dieses Ergebnis läßt sich nicht ohne weiteres suszipieren. Denn daß jede zusätzliche Ermittlung - bei prozessualer Unbedenklichkeit - für die Wahrheitsfindung von Nutzen ist, dürfte unbestreitbar sein.¹⁾ Bei der Frage eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen ist die Ausgangsposition daher eine andere. Es geht nicht um eine Ermessensentscheidung darüber, ob dem Sachverständigen etwas zur Kenntnis gebracht werden soll oder nicht, sondern zunächst um das Problem, ob der Sachverständige unter Umständen Kenntnisse erlangen kann, die die Strafverfolgungsorgane nicht erlangen können, "weil ihnen - Hinweis des Verfassers: den Sachverständigen - Erkenntnismittel zu Gebote stehen, die das Gericht nicht haben kann."²⁾

Der Bundesgerichtshof bejaht dies in seiner viel kritisierten Entscheidung vom 14. Dezember 1954³⁾, auf die oben⁴⁾ bereits im Zusammenhang mit der Frage eingegangen wurde, ob der Sachverständige Vernehmungen im rechtstechnischen Sinne durchführen kann. Nach Ansicht des BGH besteht sogar

1) Selbst Gegner eigener Ermittlungstätigkeit räumen dies grundsätzlich ein; vgl. etwa Krafft, 30; a.A. allerdings KMR, Vorbem. § 72, Rdnr. 42

2) so BGHSt 7, 82 (83) (Urt. v. 14.12.1954)

3) so BGH a.a.O.

4) vgl. S. 77 FN 4)

"allgemeine Übereinstimmung darüber, daß dem medizinischen, nach mancher Auffassung auch dem psychologischen Sachverständigen Erkenntnismittel zu Gebote stehen, die das Gericht jedenfalls in der Hauptverhandlung nicht haben kann."¹⁾

2) Vertraulichkeit des Gesprächs als überlegenes Erkenntnismittel

Diese "überlegenen Erkenntnismittel" sollen hauptsächlich "im vertrauten Gespräch zu zweit"²⁾ liegen. Auf diese Weise könne eine andere, nach Ansicht des BGH also der Wahrheitsfindung förderlichere Atmosphäre zwischen dem Sachverständigen und dem zu Befragenden zustandekommen als bei einer Vernehmung im rechtstechnischen Sinne, die doch in exakt vorgeschriebenen, "mehr förmlichen"³⁾ Bahnen ablaufen müsse.

a) Einzelne Kriterien

aa) Ähnlichkeit mit Situation täglichen Lebens

Daß die Atmosphäre bei einem derartigen Zwiegespräch eine andere sein wird, dürfte letztlich keinem Zweifel unterliegen.

1) vgl. BGH a.a.O., 83; der BGH bezieht sich dort ausdrücklich auf die "Vernehmung" - Kritik zu dieser Terminologie siehe S. 77/78 - eines 7jährigen Kindes; aus seiner Formulierung "... die das Gericht nicht haben kann, und zwar auch bei 7jährigen Kindern ..." geht aber hervor, daß diese überlegenen Erkenntnismittel nicht vom Alter des zu "Vernehmenden" abhängig gemacht werden, sondern von den äußeren Begleitumständen.

2) BGH a.a.O.; ähnlich Undeutsch, Entwicklung, 14; auch Panhyusen, 92, hält dieses Argument für "bedeutsamer", wenngleich sie letztlich eine Eigentätigkeit des Sachverständigen in dieser Richtung ablehnt; vgl. auch Heinitz, Festschrift, 693 (697); Bresser, Festschrift, 665 (677); a.A.z.B. Bockelmann, GA 1955, 321 (333)

3) so BGH a.a.O.

Der Befragte befindet sich in einer Situation, die für ihn grundsätzlich nichts außergewöhnliches darstellt und daher erfahrungsgemäß auch nicht seine Aussage beeinflussen wird. Nahezu jeder wird sich aus unterschiedlichem Anlaß einmal in vergleichbarer Situation befinden haben, in einem Gespräch mit dem Arzt oder Anwalt beispielsweise, einer Person des eigenen Vertrauens, der man mit Unbefangenheit und Offenheit gegenüberzutreten kann.¹⁾ Insoweit erscheint es berechtigt, bei Befragungen unter vier Augen, allein mit dem Sachverständigen, von einer "Vermenschlichung" der Atmosphäre zu sprechen.²⁾ Der Befragte sieht sich in einer Situation, "die der seines täglichen Lebens wesentlich näher ist als bei der Vernehmung vor Gericht."³⁾ Die Folge wird, wie bereits erwähnt, sein, daß der Befragte "sich natürlicher und entspannter"⁴⁾ gibt, daß seine Bereitwilligkeit wächst, sein Wissen zu offenbaren. Eine für den Befragten angenehmere und menschlichere Atmosphäre wird man somit bei Befragungen durch den Sachverständigen als Positivum konstatieren können.

bb) Fremdheit der Gerichtsatmosphäre

Demgegenüber vertritt Krafft⁵⁾ den Standpunkt, "daß es ohne weiteres möglich ist, auch im

1) vgl. dazu FN 1) auf S. 129

2) vgl. FN 2) auf S. 120

3) so BGH a.a.O., 82/83

4) BGH a.a.O.

5) Krafft, 46; zur Begründung führt er ein Beispiel aus der Praxis der Jugendkammer des Landgerichts Göttingen an. Dort wurde bei der Vernehmung eines kindlichen Zeugen seitens des Gerichts auf Anlegung der Roben und Befragung vom Richtertisch herab verzichtet.

Gericht eine unbefangene und ungezwungene Atmosphäre zu schaffen." Dies mag im Einzelfall durchaus vorstellbar sein. Überwiegend dürfte sich dies indes nicht realisieren lassen. Abgesehen davon, daß es zweifelhaft erscheint, ob die Strafverfolgungsorgane von sich aus gewillt wären, eine solche Atmosphäre zu schaffen, da sie sich zumindest teilweise von einer anderen mehr erhoffen könnten, bestehen gewisse Barrieren, die sich erfahrungsgemäß beim Betreten des Gerichts in vielen Personen aufrichten und sich dann kaum mehr beseitigen lassen werden. Die Einstellung, mit der ein Zeuge oder Beschuldigter dem Gericht gegenübertritt, ist meines Erachtens weitgehend eine gänzlich andere als die dem Sachverständigen entgegengebrachte. Dies mag zwar größtenteils auf Vorurteile zurückzuführen sein, läßt sich indes nicht einfach ignorieren. Auch vereinzelte Bemühungen seitens der Gerichte werden hier nur bedingt Abhilfe schaffen können. Dabei soll natürlich nicht einer Vertrauensstellung des Sachverständigen das Wort geredet werden, die auf Täuschung im Sinne des § 136 a hinauslaufen könnte.¹⁾ Der Sachverständige hat den Befragten eingangs darüber zu belehren, daß er in seiner Funktion als Sachverständiger grundsätzlich kein Schweigerecht gegenüber den Strafverfolgungsorganen hat.²⁾ Auch mit dem Bewußtsein, daß der Sachverständige das ihm offenbarte Wissen dem Gericht weitergeben muß, daß folglich unter diesem Aspekt - abgesehen von den noch zu explizierenden Ausnahmefällen des Eingreifens von § 53 - eigentlich kein Unterschied

1) Dies aber befürchtet Krafft, vgl. S. 46

2) Dazu Ausführungen S. 125 ff.

zu einer richterlichen Vernehmung festzustellen sei, tritt der zu Befragende dem Sachverständigen eben mit einer anderen Grundeinstellung gegenüber als dem Richter.¹⁾

cc) Unterschied der Gesprächsführung

Hinzu kommt die Art und Weise der Gesprächsführung, die zwangsläufig differieren wird. Der Richter wird eher dazu neigen, den Vernehmen zu unterbrechen, nachzusetzen, Zusatzfragen zu stellen und ihn dadurch, wenn auch nur unbewußt, verunsichern. Dies ist kein Vorwurf etwa mangelnder Qualifikation, sondern Konsequenz unterschiedlicher Ausbildung und Aufgabenstellung. Ein Vertrauensverhältnis, selbst wenn es von einzelnen Richtern intendiert wird, läßt sich eben nicht erzwingen und kann ebensowenig unterstellt werden, mag dies auch noch so wünschenswert sein. Es ist nicht auszuschließen, daß sich künftig - insbesondere im Hinblick auf geforderte und angestrebte Verbesserungen bei der psychologischen Ausbildung der Richter - die Verhältnisse ändern werden; zum gegenwärtigen Zeitpunkt und wohl auch für die nahe Zukunft läßt sich meines Erachtens davon nicht ausgehen.

b) Differenzierte Schlußfolgerungen

Aus der Bejahung einer günstigeren Atmosphäre bei Befragung durch den Sachverständigen außerhalb des Gerichtssaales läßt sich allerdings noch nicht ohne weiteres der Schluß ziehen, eine solche Atmosphäre sei auch der Wahrheits-

1) So wohl auch KMR, § 53, Rdnr. 17, 18; klarer noch Sax in KMR 6. Aufl., § 53 Anm. 6 Nr. 3 c; a.A. wohl Löwe-Rosenberg-Meyer, § 76, Rdnr. 2; Hiendl, NJW 1958, 2000 (2001); Lehmann, JW 1932, 3356

findung zuträglicher als die gerichtliche Umgebung. Diese Schlußfolgerung bedarf zusätzlicher Überlegungen.

aa) Positiver Effekt bei Kindern

Im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit kindlicher Zeugen wird man dem BGH zustimmen können, wenn er die Befragung durch den Sachverständigen für erfolgversprechender hält.¹⁾ Auch ohne nähere psychologische Kenntnisse wird man sagen können, daß ein Kind sich bei der Unterhaltung mit dem Sachverständigen nicht von irgendwelchen taktischen Überlegungen leiten läßt, sondern sich seinem tatsächlichen Wesen entsprechend gibt und damit dem Sachverständigen Hinweise auf seine Aussagetüchtigkeit geben kann.

bb) Bedenken bei Erwachsenen

aaa) Möglichkeit der Anpassung

Dieses Ergebnis läßt sich auf Erwachsene indes nicht ohne weiteres übertragen. Sie sind, im Gegensatz zum Kind, in der Lage, ihr Verhalten und ihre Äußerungen frei von etwaiger Beeinflussung durch die Hauptverhandlung entsprechend zu ändern und anzupassen, um vor dem Sachverständigen möglichst "gut abzuschneiden". Mißlingt ihr Vorhaben, in dem Sachverständigen ein von ihnen gewünschtes Bild hervorzurufen, so bedeutet dies für sie keine Verschlechterung ihrer Position; sie haben dann dem Sachverständigen das ohnehin richtige, wenn auch negative Bild vermittelt. Allerdings wird eine solche Einschätzung nur für einen Teil der zu Befragenden richtig sein.

1) vgl. BGHSt 7, 82 (84) (Urt.v. 14.12.1954)

bbb) Sonderstellung des nicht verwandten Zeugen

Bei anderen kann durchaus auch die für Kinder prognostizierte Reaktion eintreten. Dies wird insbesondere für die nicht verwandten Zeugen gelten, die grundsätzlich nichts zu verbergen oder vorzutäuschen haben. Bei diesem Personenkreis wird der Unterschied sich zwar weniger in einem differenzierten "Wollen" konkretisieren, da - wie bereits erwähnt - die Zeugen, aus denen sich dieser Kreis rekrutiert, im Regelfall unvoreingenommen an ihre Aufgabe herangehen. Dennoch wird man konzedieren müssen, daß auch bei diesen Personen der Aussageerfolg von der Atmosphäre beeinflußt werden kann, in der sie ihre Aussage machen. Es läßt sich nicht leugnen, daß bei identischer Aussagebereitschaft der Sachverständige mehr Erfolg haben kann, weil er sich intensiver mit dem Einzelnen befassen kann, weil er sich besser auf ihn einstellen und ihm die Belastung nehmen können wird, alles richtig zu machen, die oft das Gegenteil zur Folge hat.

ccc) Zeitfaktor

(1) Größerer Zeitaufwand des Sachverständigen

Dies ist schon dadurch bedingt, daß der Sachverständige sich regelmäßig mehr Zeit nehmen wird als dies dem Richter möglich wäre. Dadurch wird zugleich dem Befragten nicht das Gefühl vermittelt, er möge sich kurz fassen, auf das Notwendigste beschränken. Daß ein solches Gefühl die Erfolgsaussichten nicht eben vergrößert, liegt auf der Hand. Ein längeres Gespräch bietet einfach bessere Möglichkeiten, auf die individuelle Persönlichkeit einzugehen und Zugang zu ihr zu gewinnen.

(2) Entlastung der Gerichte

Damit in Zusammenhang steht der rein pragmatische Gesichtspunkt, daß es zu einer weiteren Überlastung der Gerichte und zu noch größeren Verzögerungen deren übriger Tätigkeit führen müßte, wollte man dem Sachverständigen eigene Befragungen versagen und ihn grundsätzlich auf den Weg des § 80 verweisen.¹⁾

ddd) Zusammenfassung

Dieser Gesichtspunkt kann allerdings nur suppletorische Bedeutung haben.²⁾ Würde die Wahrheitsfindung Schaden nehmen, müßte eine derartige Beeinträchtigung im Interesse der Rechtsstaatlichkeit hingenommen werden.³⁾ Dies ist jedoch nicht der Fall. Der aufgezeigte positive Effekt wird auch bei den Zeugen mit Aussageverweigerungsrechten und den Beschuldigten selbst, bei denen die besondere Atmosphäre der Hauptverhandlung negative Auswirkungen befürchten läßt, konstatiert werden können, wenngleich nicht verkannt werden soll, daß die Vertraulichkeit des Zweier-Gesprächs in diesem Bereich auch zu unzutreffenden Aussagen animieren könnte mit der bereits aufgezeigten Beeinflussungsgefahr auf Seiten des Sachverständigen.

1) so auch Heinitz, Festschrift, 693 (697)

2) so offensichtlich auch Heinitz a.a.O.; a.A.: Panhuysen, 92: "Die Frage nach der Dauer des Vernehmungsgesprächs kann keine Rolle spielen."

3) Darauf weist - wenn auch unter anderen Vorzeichen - Krafft hin - vgl. S. 51 -, der eine gewisse Mehrbelastung für vertretbar hält, andererseits bei Verbot eigener Ermittlungstätigkeit eine Entlastung der Gerichte sieht wegen geringerer Verfahrensverstöße.

Auf den gesamten, in Betracht zu ziehenden Personenkreis abgestellt, wird man hinsichtlich der Erforschung des Sachverhaltes eigenen Befragungen durch den Sachverständigen überwiegend positive Aspekte konzедieren können, die aus der vertraulichen Atmosphäre des Zweier-Gespräches zwischen dem Sachverständigen und dem Exploranten resultieren.¹⁾

3) Nicht-Wiederholbarkeit der Befragungssituation

Krafft, der eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, weist zu Recht darauf hin, daß viele Anhaltspunkte für zusätzliche Fragen des Sachverständigen sich erst und einzig im Verlauf einer Untersuchung ergäben, sich diese Situation aber nicht mehr nachvollziehen ließe, wollte man den Sachverständigen dann auf den Weg des § 80 verweisen.²⁾ Diese Anhaltspunkte hätten ihren Wert nur in der besonderen Situation des Zweier-Gespräches, die auszunützen deshalb dem Sachverständigen nicht verwehrt werden dürfte.

1) Daß mit eigener Befragungstätigkeit des Sachverständigen ein Erfolg für die Wahrheitsfindung verbunden sein dürfte, wird auch von Gegnern nicht geleugnet; vgl. etwa Panhyusen, 67; Krafft, 30. Allerdings wird entgegengehalten, daß die Wahrheitsfindung eben nicht auf jedem nur möglichen Weg angestrebt werden dürfte, was grundsätzlich keinen Zweifeln unterliegen kann.

2) Krafft, 35; Krafft will dies aber offensichtlich nur für den Beschuldigten gelten lassen. Diese Einschränkung überzeugt nicht, da die Einmaligkeit der Befragungssituation auch bei einem Zeugen gegeben sein kann.

Dem wird zuzustimmen sein. Es hieße wohl der Wahrheitsfindung einen schlechten Dienst erweisen und die Forderung nach der Justizförmigkeit des Verfahrens übersteigern, wollte man dem Sachverständigen insoweit jede Möglichkeit zu eigenverantwortlicher Tätigkeit nehmen. Daß gleichwohl an diese Justizförmigkeit hohe Anforderungen zu stellen sind, kann keinem Zweifel unterliegen. Die weiteren Ausführungen werden dies noch darlegen.

4) Erforderlichkeit für Antragstellung gemäß § 80

Heinitz begründet seine Forderung nach vorbereitender Befragung durch den Sachverständigen noch damit, daß der Sachverständige ohne sie gar nicht in der Lage sein könne, einen nach § 80 erforderlichen Antrag auf Vernehmung zu stellen.¹⁾ Dieses Argument wurde bereits im Zusammenhang mit der Aktenkenntnis für nicht überzeugend befunden.²⁾ Gleiches muß auch an dieser Stelle konstatiert werden. Zwar wird man konzedieren können, daß vorherige eigene Befragungen dem Sachverständigen die Antragstellung nach § 80 erleichtern können, daß dies allerdings ohne eine solche nicht möglich sein soll, muß bezweifelt werden. Ein erfahrener Sachverständiger wird einen Blick dafür haben, von welchen Personen er im Regelfall wichtige Informationen erhoffen darf. Anhand dieser Erfahrungssätze könnte er eine Vernehmung nach § 80 beantragen, ohne selbst zuvor mit der in Betracht kommenden Person gesprochen zu haben. Sollte sich eine Vernehmung im konkreten Fall als uneffizient erweisen, wären keine nennens-

1) vgl. Heinitz, Festschrift, 693 (699); Cabanis, MMW 1967, 2234 (2236)

2) vgl. Ausführungen S. 32 ff.

werten Nachteile zu befürchten, es wäre allenfalls ein unnötiger zeitlicher Mehraufwand zu beklagen. Das Risiko, daß eine Vernehmung sich im Hinblick auf die Aufklärung und Wahrheitsfindung als unergiebig herausstellt, ist ihr immanent, kann daher weder auf die eine noch die andere Weise ausgeschlossen werden. Wollte man dieser Argumentation folgen, so würde im übrigen die Regelung des § 80 grundsätzlich in Frage gestellt, da das, was § 80 gerade nicht normiert hat - eigene Befragungen des Sachverständigen nämlich - unabdingbare Voraussetzung für den Weg über § 80 wäre. Dieser Gesichtspunkt dürfte daher meines Erachtens bei der Frage eigener Erforschung des Sachverhaltes durch den Sachverständigen keine Rolle spielen.¹⁾

5) Standesrechtliche Gesichtspunkte

Es bleibt noch der Hinweis auf mögliche ärztliche bzw. standesrechtliche Bedenken. Cabanis²⁾ macht geltend, bestimmte Befragungen könnten im Gerichtssaal nicht stattfinden wegen "der in dieser Umgebung unärztlich - inquisitorischen und inhumanen Wirkung." Einmal wird Cabanis dabei gerade nicht an Fragen zum Sachverhalt gedacht haben, zum anderen müßte diesem Einwand - mag er aus ärztlicher Sicht auch noch so begründet erscheinen - entgegengehalten werden, daß prozessuale Erfordernisse

1) Kraft, 49, weist darauf hin, daß eine "vorbereitende Befragung" in dieser Form durchaus auch von den Strafverfolgungsorganen vorgenommen werden könnte, ja müßte, da es sich um deren "typische Tätigkeit" handle.

2) Cabanis, MMW 1967, 2234 (2236); er führt dort verschiedene Beispiele an für Fragen, die in der Umgebung des Gerichtssaales nicht gestellt werden könnten.

und Grenzen auch den Arzt in seiner Funktion als Sachverständigen binden, sofern nicht für ihn ausdrücklich rechtliche Ausnahmen vorgesehen sind. Im Ergebnis ist Cabanis indes nicht so weit von dem hier vertretenen entfernt, lediglich der Ansatzpunkt seiner Begründung vermag nicht zu überzeugen.

IV. Zusammenfassende Stellungnahme

1) Keine grundsätzliche Unzulässigkeit eigener Ermittlungen

Im Ergebnis ist zunächst zuzustimmen, daß eine **grundsätzliche Unzulässigkeit eigener Ermittlungen des Sachverständigen anhand gesetzlicher Vorschriften nicht festzustellen ist.**¹⁾ Die aufgezeigten Bedenken, die im Hinblick auf die Gefahr potentieller Gesetzesverstöße erhoben werden, vermögen letztlich nicht zu überzeugen, **weil diese Verstöße durch sorgfältige richterliche Leitung gemäß § 78 und andere prozessuale Maßnahmen, auf die im weiteren noch einzugehen sein wird, vermieden werden können.** Tritt ein Verstoß dennoch ein, kann mit den gesetzlich gegebenen Möglichkeiten reagiert werden.

2) Ausnahmefall getarnter Vernehmung

Auszunehmen ist allerdings der Fall einer als Exploration getarnten gezielten Vernehmung durch den Sachverständigen. In diesem Fall ist ein Verstoß gegen die einschränkende Vorschrift des § 80 anzunehmen, die für Vernehmungen eine abschließende Regelung trifft. Gezielte Ermittlungen - mit dem Sachverständigen gleichsam als verlängertem Arm der Strafverfolgungsorgane-

1) KMR, Vorbem. § 72, Rdnr. 42

sind "aus berufsethischen und rechtlichen Gründen"¹⁾ als unzulässig abzulehnen, wobei natürlich vorrangig auf die rechtlichen Gründe abzustellen ist. Eine solche Tätigkeit widerspricht zwar auch nicht expressis verbis dem § 80 - dieser bezieht sich bekanntlich nur auf Vernehmungen im rechtstechnischen Sinne, zu denen der Sachverständige unstreitig nicht befugt ist²⁾ -, wohl aber dessen Sinn und Zweck. Es geht nicht an, eine geltende Rechtsnorm durch verbale Änderungen leerlaufen zu lassen.³⁾

3) Zweckmäßigkeitserwägungen für eigene Ermittlungen

a) Entscheidende Kriterien

Im übrigen aber ist mit Sax davon auszugehen, daß eigene Befragungen durch den Sachverständigen zulässig sind, sie allenfalls aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten abzulehnen sein könnten.⁴⁾ Eine diesbezügliche Abwägung muß aber meines Erachtens entgegen der von Sax vertretenen Ansicht zu dem Ergebnis kommen, daß die besseren Möglichkeiten bei eigener Tätigkeit des Sachverständigen liegen.

1) so z.B. Cabanis, MMW 1967, 2234; ebenso Bresser, Festschrift, 665 (677); Hepner, Kriminologische Schriftenreihe Bd. 21(1966), 57

2) vgl. oben Ausführungen S. 76

3) Krauß, ZStW 1973, 320 (323) sieht eine solche Folge allerdings in der heute üblichen Gerichtspraxis, womit "den Zielvorstellungen des Gesetzes" zuwidergehandelt werde.

4) vgl. KMR, Vorbem. § 72, Rdnr. 42

Es dürfte kaum zu bestreiten sein, daß der Sachverständige im vertraulichen Gespräch mehr zur Wahrheitsfindung beitragen kann. Dies wiederum liegt auch im "überragenden Interesse des Beschuldigten, nicht zu Unrecht verurteilt zu werden,"¹⁾ und damit ganz allgemein im Interesse von Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit. Ergibt sich somit innerhalb des Gutachten vorbereitender Befragung das Erfordernis, auch Fragen zur Sache stellen zu müssen, so ist dem Sachverständigen dies nicht verwehrt.²⁾

b) Abgrenzungsvoraussetzungen gegenüber 2)

Erforderlich ist allerdings - um von der unzulässigen "Vernehmungstätigkeit" abzugrenzen - eine Konnexität zwischen dem Gutachten und den Fragen zur Sache oder - wie Blau³⁾ es treffend formuliert hat, "daß ihr" - Anm.: gemeint ist eine Erörterung des Tatgeschehens aus psychodiagnostischen Gründen - "Beziehungspunkt nicht (unmittelbar) das Urteil, sondern das Gutachten ist." Entscheidend ist also, daß der Sachverständige die Informationen braucht, um seinen gutachterlichen Auftrag erfüllen zu können, um also beispielsweise die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Persönlichkeit eines Beschuldigten beurteilen zu können. Er darf sie hingegen nicht erfragen wollen, um etwa neue Erkenntnisse für die Strafverfolgungsorgane zu erlangen.⁴⁾

1) vgl. Blau, GA 1959, 293 (303)

2) so im Ergebnis auch Blau a.a.O., 304

3) Blau a.a.O.

4) so im Ergebnis auch Peters, JR 1969, 232(233): "Ergänzungen"-Anm. des Verf.: zum Tatvorgang-"darf er"-Anm.: der Sachverständige - "nur insoweit herbeiführen, als sie fachwissenschaftlich geboten sind, um die an ihn gestellte Frage fachkundlich zu beantworten."

Insoweit dürfte der Ansicht von Sax¹⁾, daß es nur um Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte gehe, nicht zuzustimmen sein.²⁾

4) Schwierigkeiten bei Grenzziehung

Sicherlich läßt sich gegen eine solche Lösung einwenden, eine genaue Grenzziehung zwischen der einen - nicht zulässigen - und der anderen - zulässigen - Tätigkeit sei nur schwer möglich. Dieser Einwand, so berechtigt er auf den ersten Blick erscheinen mag, kann indes nicht überzeugen. In zahlreichen juristischen Fragen ist eine exakte abstrakte Grenzziehung zwischen zwei Lösungswegen nicht möglich, so daß, wollte man dies für ein unüberwindliches Hindernis halten, immer nur die Möglichkeit bliebe, beide Wege für zulässig oder unzulässig zu deklarieren. Auf das hier in Rede stehende Problem übertragen hieße das, entweder den Sachverständigen in allen Fällen auf den Weg des § 80 zu verweisen mit den oben aufgezeigten Nachteilen für die Wahrheitsfindung und damit auch für die Rechtsstaatlichkeit oder ihm in jedem Fall freie Hand zu lassen, was erwiesenermaßen auch prozessuale Bedenken begründen muß. Es überzeugt daher meines Erachtens mehr, dem Sachverständigen in gewissem Umfang und unter Einhaltung bestimmter, auch für eine Vernehmung im rechtstechnischen Sinne geltender, fundamentaler prozessualer Regeln eigene Befragungen auch zur Sache zu gestatten.

1) KMR, Vorb. § 72, Rdnr. 42

2) So im Ergebnis wohl auch Peters a.a.O.; Blau a.a.O.; Heinitz, Festschrift, 693 ff. Rechtliche Bedenken sieht auch Sax, a.a.O. nicht, er kommt allerdings aus Zweckmäßigkeitserwägungen zu einer anderen Beurteilung.

5) Forderungen aus Zulässigkeit

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit sind dann allerdings nicht geringe Anforderungen zu stellen, die bei eigenen Befragungen durch den Sachverständigen beachtet werden müssen.

Vorrangig stellt sich die Frage nach dem - für Vernehmungen prozessual garantierten - Schutz der Rechte der befragten Zeugen und Beschuldigten. Gerade wenn der Sachverständige ohne "Aufsicht" der Strafverfolgungsorgane tätig wird, liegt das Erfordernis effektiven Schutzes auf der Hand.¹⁾ Es bestünde sonst die Gefahr, daß der Sachverständige sich an keine prozessualen Normen gebunden fühle, was für die Betroffenen zu einem unerträglichen Zustand der Rechtlosigkeit führen könnte und mit Rechtsstaatlichkeit nicht mehr zu vereinbaren wäre.

Zunächst muß festgestellt werden, welche prozessualen Vorschriften in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen können. Da der Sachverständige nicht Adressat der StPO ist - diese richtet sich nur an die Strafverfolgungsorgane²⁾, unterliegt er folglich auch nicht den Vorschriften, die bei Vernehmungen im prozessualen

1) Ähnlich auch Heinitz, Festschrift, 693ff.; dies ist bekanntlich auch das entscheidende Argument der Gegner eigener Ermittlungstätigkeit, die darauf dann ihren ablehnenden Standpunkt stützen.

2) Fincke, ZStW 1974, 656 behauptet zwar, "eine mittlerweile herrschende Meinung" betrachte den Sachverständigen schon teilweise als Adressaten der StPO. Fincke begründet diese Behauptung mit der überwiegend anerkannten analogen Anwendung des § 136 a StPO auf die Tätigkeit des Sachverständigen - vgl. dazu unten S. 274 - und verweist i.d.Z. auf Hanack, JZ 1971, 170. Es dürfte allerdings bedenklich sein, aus der Analogie zu einer Vorschrift auf eine Adressateneigenschaft des Sachverständigen zu schließen.

Sinne zur Wahrung der Rechte von Zeugen und Beschuldigten normiert worden sind. Da der Sachverständige aber zur Exploration auch zur Sache befugt ist, Aussagen vor ihm also für den Befragten möglicherweise gleiches Gewicht erlangen können wie die bei einer Vernehmung, müssen die Rechte der Befragten wie bei einer solchen garantiert sein.

F. Belehrung von Zeugen und Beschuldigten

I. Problemstellung

Als zentrales Problem, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob und inwieweit Zeugen und Beschuldigte vor Tätigwerden des Sachverständigen zu belehren sind. Innerhalb dieses Problemkreises lassen sich wiederum drei große Abschnitte unterscheiden: zunächst der Inhalt einer möglichen Belehrung, sodann das Bedürfnis einer Belehrung auch oder gerade bei eigener Befragungstätigkeit durch den Sachverständigen und letztlich die Person des Belehrungspflichtigen.

II. Belehrungsinhalte

Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über eigene Befragungen des Sachverständigen fehlt, finden sich zwangsläufig auch keinerlei Vorschriften über eine Belehrung bei derartigen Befragungen.¹⁾

1) Die §§ 136 Abs. 1 S.2, 163 a Abs. 3, Abs. 4 S. 2 regeln die Belehrung bei Vernehmung durch die Strafverfolgungsorgane. § 81 c Abs. 3 macht insofern keine Ausnahme, als es sich bei der dort normierten Untersuchungspflicht um eine dem Sachverständigen durch Gesetz ausdrücklich zugeschriebene Befugnis handelt.

Dennoch wäre es verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, eine Belehrung könne mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung unterbleiben. Wenn man - in extensiver Auslegung des Gesetzes- eigene Befragungen des Sachverständigen auch zur Sache in begrenztem Umfang zuläßt, die keine Vernehmungen im prozessualen Sinne darstellen, für welche das Gesetz feste Belehrungsvorschriften vorsieht, so muß angesichts der Tatsache, daß derartige Befragungen in ihren Auswirkungen einer Vernehmung gleichkommen können, der Schutz der Rechte von Zeugen und Beschuldigten wie bei förmlichen Vernehmungen gewährleistet sein. Dies bedeutet, daß Zeugen und Beschuldigte, soweit ihnen bestimmte Rechte auch gegenüber dem Sachverständigen zustehen, über deren Existenz belehrt werden müssen.

1) Rechte des Beschuldigten

a) Schweigerecht des Beschuldigten

Dem Beschuldigten steht im Verfahren ein generelles Schweigerecht zu.¹⁾

1) So etwa Rspr. RGSt 2, 305 (Urt.v.9.10.1880); BGHSt 1, 39 (40) (Urt.v.27.2.1951); 1, 342 (343) (Urt.v.30.8.1951); Stree, JZ 1966, 593 (595); Grünwald JZ 1968, 752; Eb.Schmidt, JZ 1968, 354 (355); ders., NJW 1968, 1209 (1213), wo er es als Recht materiell-staatsrechtlichen Charakters bezeichnet. Gegen die Bezeichnung "Schweigerecht" wendet sich Meyer, JR 1966, 310; es handle sich beim Schweigen nicht um die Ausübung eines Rechts, sondern um den Verzicht auf ein solches, nämlich das Recht der Aussage, auf dessen Ausübung verzichtet werden könne. Andernfalls könne man nicht von einem Recht, sondern müsse von einer Pflicht sprechen. Auch Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 Rdnr.23 wendet sich gegen die Bezeichnung als Schweige "recht", da die Sachvernehmung doch in erster Linie auch der Verteidigung des Beschuldigten diene. Meyer plädiert für den Begriff der "Aussagefreiheit". Letztlich wird man es dem Einzelnen selbst überlassen müssen, in welchem Verhalten er seine wirksamste Verteidigung sieht. Entscheidet er sich für

Dieses Recht beinhaltet nicht nur einfach die Möglichkeit, im Prozeß keinerlei Angaben zur Sache machen zu müssen, sondern wurzelt letztlich in dem Grundrecht der persönlichen Freiheit, Art. 2 Abs. 1 GG¹⁾ und hat daher ein über das rein Prozessuale hinausgehendes besonderes Gewicht. Niemand soll gezwungen werden können, zu einem gegen ihn erhobenen Vorwurf Stellung nehmen zu müssen.²⁾ Das Gesetz spricht nur an einer Stelle, im Zusammenhang mit dem durch Haftbefehl arretierten Beschuldigten ausdrücklich von einem Recht, sich zur Beschuldigung nicht äußern zu müssen oder aber auszusagen, vgl. §§ 115 Abs. 3 S. 1, 115 a Abs. 2 S. 2. In den für das eigentliche Verfahren relevanten Vorschriften der §§ 136 Abs. 2, 243 Abs. 4 ist zwar von einem Recht nicht ausdrücklich die Rede, dennoch machen die zuvor zitierten Vorschriften deutlich, daß der Gesetzgeber hier ein Recht determinieren wollte.³⁾ Die überragende Bedeutung des Beschuldigtenschweigerechts dokumentiert sich unter anderem darin, daß das Unterlassen einer darüber erforderlichen Belehrung die Revision begründen kann.⁴⁾

das Schweigen, kann man meines Erachtens durchaus von einem Schweigerecht sprechen. Dieser terminologische Streit ist allerdings für das hier in Rede stehende Problem ohne Bedeutung. Es wird im weiteren an der wohl immer noch üblichen Bezeichnung "Schweigerecht" festgehalten.

- 1) vgl. Wessels, JuS 1966, 169(171), der sich allerdings auf Art. 2 Abs. 2 GG beruft; Henkel, § 39 IV 2 (S. 176); Eb. Schmidt, LK Teil I, Rdnr. 71; ders., NJW 1968, 1209 (1213)
- 2) Der BGH hat ausdrücklich festgestellt, daß der Angeklagte niemals "Zeuge gegen sich selbst zu sein brauche", so BGHSt 25, 325(331) (Beschl. v. 14.5.1974) unter Berufung auf BGHSt 14, 358(364/365); vgl. auch Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 Rdnr. 23 m.w.N.; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 55, Anm. 4; vgl. auch FN 2 auf S. 157
- 3) siehe Zitate in FN 1)
- 4) siehe S. 147

Dieses Schweigerecht des Beschuldigten hat zusätzlich die prozessuale Absicherung erfahren, daß aus seiner Wahrnehmung keine für den Beschuldigten negativen Folgerungen im Hinblick auf das Urteil gezogen werden dürfen.¹⁾

Eine gegenteilige Handhabung würde dieses prozessuale Recht in der Praxis ad absurdum führen.²⁾

Dieses Schweigerecht des Beschuldigten, geprägt von dem rechtsstaatlichen Grundsatz, daß der Staat ihm auch ohne seine Mitwirkung die Schuld zweifelsfrei nachweisen muß, darf natürlich bei Befragungen durch den Sachverständigen keinerlei Einschränkungen erfahren. Im Gegenteil: Wenn das Schweigerecht im gesamten Verfahren gegenüber dem Gericht und den anderen Verfahrensbeteiligten existiert, so doch erst recht gegenüber dem Sachverständigen, der "lediglich" Beweismittel besonderer Art ist, über dessen Recht, eigene Befragungen zur Sache vorzunehmen, höchst differenzierte Ansichten vertreten werden.³⁾ Es ist also unbestritten, daß das Schweigerecht des Beschuldigten gegenüber dem Sachverständigen nicht angetastet werden darf.⁴⁾

4) vgl. BGHSt 25, 325 (Beschl.v.14.5.1974); Seelmann, JuS 1976, 157

1) Die Fälle, in denen ausnahmsweise doch einmal ein Schweigen des Angeklagten Rückschlüsse zuläßt, sind i.d.Z. nicht relevant (Vgl. dazu etwa Stree, JZ 1966, 593 (599); Wessels JuS 1966, 169 (172) m.w.N.

2) vgl. etwa BGHSt 20, 281 (Urt. v. 26.10.1965)

3) vgl. dazu Ausführungen oben S. 80 ff.

4) So z.B. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81, Rdnr. 24 (Erst-recht-Schluß); ebenso Arzt, JZ 1969, 438; Fincke, ZStW 1974, 656 (657); vgl. dazu auch FN.

b) Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten

Ebenso verhält es sich mit der grundsätzlichen Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten. Diese beruht ebenfalls auf den bei dem Schweigerecht zuvor explizierten Gründen. Auch insoweit enthält das Gesetz keine Regelung darüber, ob der Beschuldigte vor einer Exploration durch den Sachverständigen belehrt werden muß.

Wozu der Beschuldigte gegenüber dem Sachverständigen verpflichtet ist, wurde oben bereits dargelegt.¹⁾ Sedes materiae sind die §§81, 81 a. Durch § 81 kann der Beschuldigte demnach zur Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt verpflichtet werden, § 81 a normiert die Zulässigkeit bestimmter körperlicher Eingriffe unabhängig von einer Einwilligung des Beschuldigten. Darüber hinausgehende Verpflichtungen treffen den Beschuldigten bei einer Exploration bekanntlich nicht.²⁾ Fraglich ist, ob über diese Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten, die eine logische Ergänzung zu seinem Schweigerecht darstellt, gesondert belehrt werden muß oder ob diese etwa von der Belehrung über das Schweigerecht mitumfaßt wird. Diese Frage wird unten im Zusammenhang erörtert.³⁾

2) Zeugenrechte

a) Einführung

Neben diesen, dem Beschuldigten zustehenden Rechten, können verschiedene Zeugenrechte Inhalt etwaiger Belehrung vor eigener Tätigkeit

1) vgl. Ausführungen S. 58 ff.

2) So z.B. BGHSt 8, 144 (Urt.v.8.7.1955) m.w.N. BGHSt 14, 21 (23) (Urt.v.11.11.1959) unter Berufung auf RG HRR 1928, Nr.2330 (Urt.v. 24.9.1928) m.w.N.;vgl. auch Dahs-Wimmer, NJW 1960, 2217ff.; Eb. Schmidt, NJW 1962, 664; ders., LK Nachtragsband I, § 136, Rdnr.19 Walder, 149; aA OLG Köln, NJW 1962, 692 (Urt. v. 17.10.1961), dort wird Dahs-Wimmer-a.a.O.-expressis verbis widersprochen.

3) vgl. unten S. 216 ff

des Sachverständigen sein. Eine gesetzliche Regelung findet sich in § 81 c Abs. 3, der auf § 52 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 verweist.¹⁾ Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht müssen danach über das ihnen zustehende Recht, eine Untersuchung gemäß § 81 c Abs. 1 und 2 ablehnen zu können, belehrt werden.²⁾ Darüber hinaus enthält das Gesetz keine Regelungen für Belehrungen.

-
- 1) Die Verweisung in § 81 c bezieht sich nur auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52, nicht auf die §§ 53 ff. Diese Vorschriften sind in Bezug auf § 81 c ohne Bedeutung, da die Tatbestandsmerkmale, die dort zu einer Berechtigung der Zeugnisverweigerung führen - Anvertrauen und Erfahren von Geheimnissen - im Hinblick auf § 81 c - Untersuchung über Spuren am Körper - keine Rolle spielen können. (Vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81 c, Rdnr. 37, 38); ebenso Kleinknecht, § 81 c, Rdnr. 12; KMR, § 53, Rdnr. 28, nachdem Sax in der 6. Aufl. noch die gegenteilige Ansicht vertreten hatte (vgl. § 53, Anm. 5); aa: OLG Braunschweig, NJW 1954, 1052 (1053) (Beschl.v.12.2.1954); OLG Saarbrücken, FamRZ 1959, 36 (Urt.v.10.9.1958); Eb. Schmidt, LK Nachtragsband I, § 81 c, Rdnr. 11 unter ausdrücklicher Beibehaltung seines Standpunktes in JR 1959, 369; Krause, JZ 1976, 124 (125); Gössel, § 26 c I b 2 (S. 231)
- 2) Der BGH bezeichnet die Pflicht aus § 81 c als eine "der Zeugenpflicht nahe verwandte", vgl. BGHSt 5, 132 (Urt.v. 20.11.1953). Dafür spricht - so Eb. Schmidt, a.a.O., Rdnr. 5 - die parallele Behandlung des Zeugnisverweigerungsrechts in § 81 c.

b) Allgemeines Schweigerecht gegenüber
Sachverständigen

Wie dem Beschuldigten - diesem allerdings auch gegenüber den Strafverfolgungsorganen - so steht auch dem Zeugen gegenüber dem Sachverständigen grundsätzlich ein Schweigerecht zu¹⁾, da über die durch §§ 80, 81 c normierten Möglichkeiten hinaus dem Sachverständigen gegenüber dritten Personen keinerlei Befugnisse zukommen. So muß der Zeuge auf Fragen des Sachverständigen - dies wurde oben bereits dezidiert - nur im Rahmen einer richterlichen Vernehmung antworten, vgl. § 80. Im übrigen ist der Sachverständige auf die freiwillige Mitwirkung des Zeugen angewiesen.

aa) Fehlende gesetzliche Regelung

Es stellt sich daher die Frage, ob der Zeuge über dieses ihm zustehende Schweigerecht ausdrücklich belehrt werden muß. Gesetzliche Vorschriften sind auch hier nicht vorhanden.

bb) Stellung gegenüber Strafverfolgungsbehörden

Eine Belehrungspflicht könnte etwa dann anzunehmen sein, wenn eine solche den Strafverfolgungsorganen vorgeschrieben wäre.

aaa) Gesetzliche Vorschriften

Zeugen haben gegenüber dem Richter seit jeher grundsätzlich eine Aussagepflicht, mit den bekannten gesetzlichen Ausnahmen, vgl. §§ 69, 53ff.

1) Vgl. etwa Fincke, ZStW 1974, 656 (657), der dieses "vorprozessuale Recht" aus der grundrechtlichen Freiheit ableitet; ebenso Arzt, JZ 1969, 438

Seit neuerem - vgl. § 161 a - besteht eine Aussagepflicht auch gegenüber der Staatsanwaltschaft. Zum Vergleich könnte daher in diesem Zusammenhang allenfalls die noch nicht existente Aussagepflicht vor der Polizei herangezogen werden; sie ist auch in der Novellierung des § 161 a ausdrücklich exzipiert worden. Daher hat insoweit der zuvor auch für die Staatsanwaltschaft geltende prozessuale Grundsatz Bestand, daß niemand verpflichtet ist, vor der Polizei zu erscheinen, geschweige denn eine Aussage zu machen.¹⁾

Ungeachtet dieser Differenzierung konstituiert § 163 a Abs. 5 auch für Polizeibeamte eine Belehrungspflicht in Analogie zu den §§ 52 Abs. 3, 55 Abs. 2, 81 c Abs. 3 S. 2 i.V.m. §§ 52 Abs. 3, 136 a. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Belehrung über die Nicht-Aussage-Pflicht vor der Polizei sieht das Gesetz ausdrücklich nicht vor. Man wird sie daher allenfalls durch weite Auslegung der oben zitierten Vorschriften begründen können. Das Argument, eine Pflicht zur Belehrung könne nicht in Betracht gezogen werden, weil eben keine Pflicht zur Aussage bestehe, überzeugt nicht.²⁾ Darauf wird in anderem Zusammenhang noch näher eingegangen.³⁾ Die Regelung des § 163 a Abs. 5 hat diesem Argument gerade den Boden entzogen.

1) vgl. Löwe-Rosenberg-Meyer-Goßner, § 163, Rdnr. 20; § 163 a, Rdnr. 53

2) so z.B. Panhuysen, 83/84 i.Z.m. der Belehrungspflicht bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen, bei denen grundsätzlich auch keinerlei Duldungspflicht besteht.

3) Siehe unten S. 227 ff.

bbb) Erschwerung der Ermittlungstätigkeit

Überzeugender scheint die Argumentation, die Ermittlungstätigkeit der Polizei werde zu sehr erschwert, dadurch, daß ein an sich aussagewilliger Zeuge gleich auf dieses Recht hingewiesen werde und dadurch möglicherweise zur Aussageverweigerung provoziert werde.¹⁾

Daß diese Gefahr theoretisch besteht, kann nicht geleugnet werden. Sie wird sich in der Praxis auch in einzelnen Fällen bestätigen. Sicherlich ist auch das Interesse an einer möglichst effektiven Ermittlungstätigkeit durchaus legitim und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen prinzipiell vereinbar. Es ist sogar die Pflicht eines Rechtsstaates, im Interesse der Allgemeinheit eine effektive Ermittlungstätigkeit zu betreiben.

ccc) Keine grundlegende rechtliche Beeinträchtigung

Hinzu kommt, daß von einer Beeinträchtigung grundrechtlicher oder rechtsstaatlicher Prinzipien im Falle einer Nicht-Belehrung nicht ohne weiteres gesprochen werden kann. Während nämlich die Rechte, über die dem gesetzlichen Auftrag zufolge grundsätzlich belehrt werden muß, - Zeugnis- bzw. Aussageverweigerungsrecht oder Untersuchungsverweigerungsrecht - gegenüber jedermann bestehen, also auch gegenüber den Strafverfolgungsorganen, kann der Zeuge von

1) Diese Befürchtung äußert Löwe-Rosenberg-Meyer-Götsner, § 163 a, Rdnr. 57 im Hinblick auf § 55 Abs. 2. Da § 55 Abs. 2 auch gegenüber den anderen Strafverfolgungsorganen gilt, ist i.d.Z. natürlich die Gefahr eines Beweismittelverlustes gegeben bei vorheriger Belehrung durch die Polizei. Dies kann so extrem für die Nicht-Aussagepflicht nicht gelten, da sie gegenüber Richter und Staatsanwaltschaft eben nicht besteht. Dennoch wird man eine Beweiserschwerung annehmen können.

seinem Recht, nicht auszusagen, lediglich gegenüber der Polizei oder eben auch gegenüber dem Sachverständigen Gebrauch machen. Vor Richter oder Staatsanwalt kann er sich nicht darauf berufen. Da es keine großen Schwierigkeiten bereitet, einen vor der Polizei nicht aussagebereiten Zeugen einer Vernehmung durch Richter oder Staatsanwalt zuzuführen, ist für den Zeugen eine gravierende Beeinträchtigung zunächst nicht erkennbar, wenn er sich gegenüber der Polizei für aussagepflichtig hält und infolge Nicht-Aufklärung in diesem Glauben belassen wird und aussagt. Die Fälle einer Täuschung im Sinne des § 136 a - diese Vorschrift gilt natürlich auch für die Polizei - sollen hier außer Betracht bleiben; nicht jeden Fall fehlender Belehrung wird man zugleich als Täuschung im Sinne des § 136 a klassifizieren können. Dort, wo eine gravierende Beeinträchtigung zu befürchten wäre, bei den Zeugnis- und Aussageverweigerungsberechtigten hat der Gesetzgeber selbst in § 163 a Abs. 5 eine Belehrungspflicht auch der Polizei normiert. Im Ergebnis sollte also eine Pflicht der Polizei, den Zeugen über sein Recht, vor ihren Beamten nicht aussagepflichtig zu sein, belehren zu müssen, abgelehnt werden.¹⁾

cc) Übertragbarkeit auf Sachverständigen

Es fragt sich, ob dieses Ergebnis ohne weiteres auf den Sachverständigen übertragen werden kann, vor dem grundsätzlich ja auch keine Aussagepflicht besteht.

1) So auch Löwe-Rosenberg-Meyer-Goßner, § 163 a, Rdnr. 55; Kleinknecht, § 163 a, Rdnr. 23, 24; Eb. Schmidt, LK Nachtragsband I, § 163 a, Rdnr. 10; in diesen Kommentierungen findet sich lediglich der Hinweis auf die Belehrungspflicht bzgl. etwaiger Zeugnisverweigerungsrechte. Aus der Nichterwähnung darüber hinausgehender Belehrungspflichten muß der Schluß gezogen werden, daß eine solche nicht angenommen wird.

aaa) Abwägung

Für den Sachverständigen könnte etwas anderes deshalb gelten, weil der Einwand erschwerter oder möglicherweise sogar gänzlich vereiteter Ermittlungstätigkeit, der letztlich kausal war für die Negation einer Belehrungspflicht vor polizeilichen Vernehmungen, für den Sachverständigen, der zwar, wie oben dargelegt, auch Fragen zur Sache stellen darf, dessen Aufgabe darin jedoch grundsätzlich nicht besteht, kaum Geltung beanspruchen kann. Auf der anderen Seite jedoch ergibt sich insoweit kein Unterschied, als auch der belehrte und gegenüber dem Sachverständigen aussageunwillige Zeuge jederzeit durch die Strafverfolgungsorgane vernommen werden könnte. Diese Parallelität rechtfertigt meines Erachtens eine analoge Behandlung. Folglich besteht auch vor dem Sachverständigen keine Belehrungspflicht über das Schweigerecht des Zeugen. Den Bedenken, die sich im Hinblick darauf ergeben könnten, daß der Zeuge den Sachverständigen, der ihm als Arzt oder Psychologe gegenübertritt, im Gegensatz zur Polizei unter Umständen für schweigepflichtig, zumindest aber für schweigeberechtigt halten könnte, wird durch eine dahingehende Belehrungspflicht seitens des Sachverständigen Rechnung getragen.¹⁾

bbb) Vergleich mit Beschuldigtenschweigerecht

Dieses Ergebnis stellt keinen Widerspruch zu der oben²⁾ affirmierten Pflicht dar, den Beschuldigten über sein generelles Schweigerecht auch gegenüber dem Sachverständigen zu belehren.

1) Vgl. dazu Ausführungen S. 177 ff.

2) vgl. unten S. 192 ff.

Dieses besteht eben auch gegenüber den Strafverfolgungsorganen in ihrer Gesamtheit; seine Unkenntnis kann für den Beschuldigten eine erhebliche Beeinträchtigung in Gestalt negativ sich auswirkender Aussagen zur Folge haben, ohne daß dieser das entlastende Argument entgegenhalten könnte, die Aussage könne durch einen einfachen Wechsel der Befragungsperson ermöglicht werden. Insofern erscheint es durchaus gerechtfertigt, Zeugen und Beschuldigte, wenngleich gegenüber dem Sachverständigen grundsätzlich beide keine Aussage zu machen brauchen, hinsichtlich einer Belehrung differenziert zu behandeln. Dort wo auch bei den Zeugen eine wirkliche Beeinträchtigung droht - §§ 52, 55 -, wird auch für die Tätigkeit des Sachverständigen eine Belehrung anzunehmen sein.¹⁾

c) Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52

§ 52 normiert ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen, über das der Zeuge, in dessen Person diese Gründe vorliegen, zu belehren ist. Diese Vorschrift gilt grundsätzlich nur für Vernehmungen, die der Sachverständige erwiesenermaßen nicht durchführen kann. Dennoch muß das im Hinblick auf eine Belehrung über das Beschuldigtenschweigerecht konstatierte auch für das Zeugnisverweigerungsrecht Geltung haben.

1) Vgl. unten S. 236/237

aa) Sinn des Rechts

Mit dem Schweigerecht des Beschuldigten will der Gesetzgeber verhindern, daß dieser zu seiner eigenen Überführung beitragen müßte. Mit dem Zeugnisverweigerungsrecht soll erreicht werden, daß auch ein Angehöriger dazu nicht gezwungen werden kann. "Das Gesetz will nicht, daß jemand zu einem freiwilligen Beweisakt gegen einen verwandten Beschuldigten veranlaßt wird, ohne sich wenigstens der Konfliktlage bewußt gewesen zu sein."¹⁾

bb) Konfliktlage auch bei Sachverständigenbefragung

Diese Konfliktlage aber stellt sich nicht nur bei förmlicher Vernehmung, sondern auch dann, wenn beispielsweise ein Sachverständiger Fragen zur Sache stellt. Sie kann sich immer dann stellen, wenn Aussagen, die sich für einen verwandten Beschuldigten nachteilig auswirken könnten, auf irgendeine Weise Eingang in das Verfahren finden könnten. Dabei soll an dieser Stelle die Frage potentieller späterer Unverwertbarkeit bei Berufung auf das Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung keine Rolle spielen; sie wird später zu erörtern sein.²⁾

d) Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55

Die Frage einer Belehrungspflicht stellt sich nicht nur im Hinblick auf das Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch auf das in § 55 normierte Auskunftsverweigerungsrecht, demzu-

1) So BGHSt 13, 394 (Urt. v. 14.10.1959); dazu auch Löwe-Rosenberg-Meyer, § 52, Rdnr. 1 m.w.N., ferner Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zu §§ 52-56, Rdnr. 4; § 52, Rdnr. 1

2) vgl. unten S. 317 ff.

folge jeder Zeuge auf solche Fragen die Auskunft verweigern darf, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden.

aa) Hintergrund des § 55

§ 55 stellt ein "Korrelat"¹⁾ zum Schweigerecht des Beschuldigten dar: Ebenso wie der Beschuldigte nicht verpflichtet sein soll, zu seiner eigenen Verurteilung beizutragen, soll auch ein Zeuge nicht gezwungen werden können, selbst Material für ein gegen ihn gerichtetes Verfahren beizusteuern.²⁾ Dabei befindet sich der Zeuge gegenüber dem Beschuldigten noch in einer ungünstigeren Lage: während er verpflichtet ist, bei seiner Aussage wahrheitsgemäß zu antworten, trifft den Beschuldigten diese Verpflichtung selbst dann nicht, wenn er von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch macht.³⁾ Außerdem kann der Beschuldigte generell die Aussage verweigern, während der Zeuge regelmäßig⁴⁾ nur die Auskunft über einzelne Tatsachen verweigern darf.

1) Hahn, Materialien (Bd.1), 108; vgl. auch BGHSt 1,39 (40) (Urt.v.27.2.1951); 9,34 (36) (Urt.v.24.1.1956)

2) Es ist ein rechtsstaatlicher Grundsatz, "daß niemand gezwungen werden kann, gegen sich selbst auszusagen", vgl. BVerfGE 38,105(113) (Beschl.v.8.10.1974)m.w.N.; dazu auch FN 2) auf S. 146.

3) Zu Recht weist Schuster, FN 85) auf S.64, darauf hin, daß es dringlicher gewesen sei, "eine Belehrungspflicht für das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 einzuführen (Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950), als für das Schweigerecht (§136) des Beschuldigten (Novelle 1965)".

4) Ausnahmsweise soll eine volle Aussageverweigerung dann zulässig sein, wenn die Gefahr der Selbstbelastung in vielen Punkten gegeben ist; vgl. dazu etwa RGSt 44, 44 (45) (Urt.v. 5.7.1910); BGHSt 10, 104(105)(Urt.v.15.1.1957) Eb. Schmidt, LK Teil II, § 55, Rdnr.1; KMR, § 55, Rdnr. 12

bb) Fehlende Verweisung in § 81 c Abs. 3

Daß auf das Auskunftsverweigerungsrecht in § 81 c Abs. 3 im Unterschied zu § 52 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3¹⁾ nicht expressis verbis Bezug genommen ist, darf nicht zu dem Schluß verleiten, dieses Recht habe im Zusammenhang mit dem Sachverständigenbeweis keine Bedeutung. Es ist zunächst umstritten, ob die Verweisung des § 81 c Abs. 3 sich nicht auch auf das Auskunftsverweigerungsrecht erstrecken soll.²⁾

aaa) Möglichkeit der Einbeziehung

Für eine Implikation des § 55 spricht sicherlich die Komparabilität beider Rechte hinsichtlich der persönlich oder einem Angehörigen drohenden Beeinträchtigung und der daraus resultierenden, wenngleich unterschiedlich gelagerten Konfliktsituation. Dagegen läßt sich einmal der Wortlaut des Gesetzes anführen: § 81 c Abs. 3 beschränkt sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht, läßt hingegen das Auskunftsverweigerungsrecht unberücksichtigt.³⁾ Im Hinblick auf die oben explizierte Komparabilität könnte das Auskunftsverweigerungsrecht als im Zeugnisverweigerungsrecht mitenthaltend angesehen, eine ausdrückliche Nennung im Gesetz folglich für überflüssig erachtet werden.⁴⁾

1) vgl. oben S. 149

2) Dafür z.B. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81 c, Rdnr.11, unter ausdrücklicher Bestätigung seiner diesbezüglichen Meinungsäußerung in JR 1959, 369; dagegen: Löwe-Rosenberg-Meyer § 81 c, Rdnr.38; vgl. dazu im übrigen FN 1) auf S. 149

3) Daß die Nichterwähnung des § 55 in § 81 c kein Versehen ist, begründet Meyer in Löwe-Rosenberg, § 81 c, Rdnr.38 damit, daß auch § 372 a Abs.2 ZPO, der ausdrücklich die entsprechende Anwendung der §§ 386-390 ZPO bestimmt, die Untersuchungsverweigerung nicht aus den Gründen des §384 Abs.2 ZPO vorsehe.

4) Schuster, FN 92) auf S.66, bezeichnet das Auskunftsverweigerungsrecht als "partiellles Zeugnisverweigerungsrecht".

bbb) Fehlen einer überzeugenden Begründung

Dem kann jedoch mit der Begründung widersprochen werden, daß eine Einbeziehung des Auskunftsverweigerungsrechts im Zusammenhang mit § 81 c keinen überzeugenden Sinn ergäbe.¹⁾ Würde der Zeuge sich nämlich bei einer anstehenden Untersuchung gemäß § 81 c unter Hinweis auf eine ihm drohende Strafverfolgung auf § 55 berufen, also einzelne Untersuchungspunkte verweigern - nur soweit kann ja das Recht aus § 55 gehen -, so liefe er Gefahr, alsbald dieser Straftat beschuldigt zu werden. Dann unterliefe er nicht mehr dem § 81 c, sondern der für Beschuldigte geltenden Regelung des § 81 a, deren Anwendungsmöglichkeiten umfassender sind, weil man einem Tatverdächtigen eine weitergehende Grundrechtsbeeinträchtigung zumuten zu können glaubt als einem unbeteiligten Dritten.²⁾ Dies spricht also zunächst gegen eine Miterfassung des Rechts aus § 55 in § 81 c Abs. 3.

Etwas anders ist die Ausgangssituation, wenn es darum geht, durch die Verweigerung einen der in § 52 I bezeichneten Angehörigen vor möglicher Verfolgung zu schützen. Dann nämlich wäre der oben aufgezeigte Gesichtspunkt nicht mehr evident. Indes erscheint die Wahrscheinlichkeit, daß allein die Spuren am Körper auf einen bestimmten Angehörigen als Tatverdächtigen hinweisen könnten, zu gering, als daß sich darauf eine allgemein gültige, gegenteilige

1) So auch Löwe-Rosenberg-Meyer a.a.O.

2) So auch Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81 c, Rdnr. 1 - 3.

rechtliche Konsequenz überzeugend stützen ließe.¹⁾ Außerdem müßten noch die Fälle unberücksichtigt bleiben, in denen der Angehörige bereits in der Rolle des Beschuldigten wäre, der Zeuge sich daher ohnehin auf § 52 berufen könnte.

Nach alledem wird man § 55 als von der Verweisung auf § 52 in § 81 c Abs. 3 nicht mitumfaßt ansehen müssen.²⁾

cc) Möglichkeit der Anwendung auf Sachverständigentätigkeit

Dennoch wäre es verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, § 55 könne im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Sachverständigen keine Geltung beanspruchen.

aaa) Grundsätzliche Bedeutung

Soweit es sich nämlich um die Beantwortung von Fragen handelt, "liegt in dem Weigerungsrecht ein guter Sinn."³⁾ Läßt man folglich eigene Befragungen durch den Sachverständigen zu, gewinnt § 55 eine andere Bedeutung. Die Begründung vermag einzuleuchten: Während bei einer Untersuchung - wie oben dargelegt - der Zeuge unter Berufung auf § 55 Gefahr liefe, dem gegenüber § 81 c umfassenderen und daher ungünstigeren § 81 a zu unterfallen, stünde ihm im Hinblick auf die Beantwortung von Fragen unter

1) So mit Recht Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81 c, Rdnr. 39

2) Vgl. dazu FN 1) auf S. 149

3) So Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22. Aufl., § 81 c Anm. 9; im Ergebnis ebenso Meyer in 23. Aufl. § 81 c, Rdnr. 38, 39

gleichen Voraussetzungen das generelle Schweigerecht des Beschuldigten zur Seite.¹⁾ Daher ist eine unterschiedliche Handhabung in der Frage der Anwendbarkeit des § 55 bei Untersuchungen durch den Sachverständigen einerseits, bei Befragungen andererseits, gerechtfertigt. Selbst wenn man also - wie oben vertreten - eine Einbeziehung des Auskunftsverweigerungsrechts in die Verweisung des § 81 c Abs. 3 ablehnt, bedeutet dies somit nicht, daß § 55 im Hinblick auf die Tätigkeit des Sachverständigen keine Rolle spielen würde.²⁾

bbb) Schwierigkeit hinsichtlich Belehrungszeitpunkt

Allerdings resultiert eine Schwierigkeit für die Anwendbarkeit aus dem für die Belehrung maßgeblichen Zeitpunkt.

(1) Zeitpunkt der Belehrung

Die Belehrung nach § 55 Abs. 2 erfolgt nämlich nach nahezu einhelliger Meinung nicht am Anfang einer Vernehmung zusammen mit der allgemeinen Zeugenbelehrung, sondern erst zu einem Zeitpunkt, zu dem Anhaltspunkte die Gefahr einer Selbstbelastung signifizieren.³⁾

1) vgl. auch Löwe-Rosenberg-Sarstedt a.a.O.

2) So im Ergebnis auch Schuster, 90

3) So u.a. OLG Frankfurt, NJW 1951, 614 (Ürt.v.28.3.1951), das allerdings auch erwogen hat, ob nicht eine allgemeine Belehrung am Beginn der Vernehmung sinnvoll sein könnte; ebenso OLG Oldenburg, NJW 1961, 1225 (Ürt.v.21.2.1961); Eb. Schmidt, LK Nachtragsband II, § 55 Rdnr. 14 (unter Bejahung der zitierten Entscheidung des OLG Frankfurt); Löwe-Rosenberg-Meyer, § 55, Rdnr. 18; KMR, § 55, Rdnr. 12; Peters, Verhandlungen d.46. DJT Bd. 1, 128; vgl. dazu aber die Einschränkung in FN 4) auf S. 157

(2) Bedenken beim Sachverständigen

Diesen Zeitpunkt wird der juristisch nicht ausgebildete Sachverständige, der zudem bei seiner Tätigkeit nicht das Ziel verfolgt, Taten aufzuklären oder Täter zu überführen, grundsätzlich zu verfehlen befürchten müssen. Andererseits könnte ihm die Belehrung nicht abgenommen werden, wenn seine Befragung in Abwesenheit der Justizorgane durchgeführt wird, da andernfalls eine Belehrung von vornherein ausgeschlossen wäre.

Indes wird man dem Sachverständigen nicht die Verantwortung oktroyieren können, für eine rechtzeitige Belehrung gem. § 55 Abs. 2 Sorge zu tragen. Selbst wenn man einmal unterstellt, daß gegen die spätere Verwertung einer unter Mißachtung der Belehrungspflicht gemäß § 55 Abs. 2 zustandegekommenen Aussage keine Einwände erhoben werden sollten¹⁾, kann ein derartiger Verstoß gegen Prozeßvorschriften nicht von vornherein eingeplant bzw. toleriert werden. Es wäre allenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht des Sachverständigen in der Hauptverhandlung in Erwägung zu ziehen hinsichtlich solcher Aussagen, die ein in der Hauptverhandlung ordnungsgemäß belehrter und sich berechtigterweise auf § 55 berufender Zeuge dem Sachverständigen zuvor unbelehrt gemacht hat.²⁾

1) vgl. dazu unten S. 336 ff.

2) BGHSt 17, 245 (Urt.v.13.4.1962) bejaht die Vernehmung der Verhörsperson, wenn der Zeuge sich in einer früheren Vernehmung geäußert hat.

(3) Möglichkeit der Verlagerung des Zeitpunktes
der Belehrung

Derartige Überlegungen bedürfen allerdings dann keiner Vertiefung, wenn man der Ansicht zuneigt, eine Belehrung gemäß § 55 Abs. 2 könne auch bei Beginn der Befragung durchgeführt werden.¹⁾

Es kann zwar konzidiert werden, daß es näher liegt, dem Sinn des § 55 durch eine gezielte Belehrung zu entsprechen, sobald der Zeuge Anhaltspunkte für eine Selbst- oder Angehörigenbelastung erkennen läßt;²⁾ indes scheint dieser Gesichtspunkt nicht so zwingend, als daß dem Sinn des Auskunftsverweigerungsrechts nicht auch durch eine vorherige Belehrung entsprochen werden könnte.

Geerds findet es sogar "seltsam, daß der Zeuge über seine ohnehin fragwürdigen Rechte aus § 55 anders als bei der allgemeinen Zeugenbelehrung und auch in den Fällen des § 52 StPO nicht zu Beginn der Vernehmung belehrt wird."³⁾ Auch der Richter wird nicht immer in der Lage sein, rechtzeitig im Verlauf einer Vernehmung den Inhalt einer Aussage als den Zeugen möglicherweise belastend zu erkennen und dann der Antwort durch die Belehrung gemäß § 55 zuvorzukommen.

Wenngleich ihm dies in den meisten Fällen gelingen mag, könnte sie vereinzelt erst dann erfolgen, "wenn das Kind für den Vernehmenden

1) So Kleinknecht, § 55, Rdnr. 10, der sich dabei auf BGH NJW 1966, 1719 (Urt.v.22.6.1966) beruft. Diese Entscheidung kann die Ansicht Kleinknechts meines Erachtens nicht stützen; vgl. auch Geerds, Festschrift, 171 (188)

2) z.B. Kleinknecht, § 55, Rdnr.7: "Die Entscheidung über das Bestehen der Gefahr trifft der Vernehmende." vgl. auch FN 3) auf S.161

3) Geerds a.a.O.

erkennbar in den Brunnen gefallen ist."¹⁾
Teilweise wird auch der Zeuge nach anfänglicher Belehrung am besten wissen, auf welche Fragen er die Antwort verweigern darf. In einer späteren Vernehmung in der Hauptverhandlung wird der Zeuge dann allerdings die Tatsachen glaubhaft machen müssen, auf die er sein Auskunftsverweigerungsrecht stützen will, § 56.²⁾

ccc) Ergebnis

Man wird daher zulassen müssen, daß die Belehrung gemäß § 55 Abs. 2 in Einzelfällen auch vor Beginn einer Befragung durchgeführt werden kann. Folglich sind die Bedenken, die im Hinblick auf den Zeitpunkt der Belehrung aus § 55 Abs. 2 bei Befragungen durch den Sachverständigen vorgebracht werden könnten, letztlich nicht relevant. Die Belehrung nach § 55 II muß daher auch bei Befragungen durch den Sachverständigen Berücksichtigung finden.

e) Freiwilligkeit bestimmter Handlungen und Duldungen

aa) Hinnahmepflichten

Abgesehen von den Rechten des Zeugen aus §§ 52, 55 kommt noch eine Belehrung über die Freiwilligkeit bestimmter Handlungen oder Duldungen gegenüber dem Sachverständigen in Betracht.

1) Geerds a.a.O.

2) Geerds a.a.O., 187, hält die Regelung des § 56 für "völlig absurd", soweit es um den Fall der Eigengefährdung in § 55 geht. Er vergleicht die Situation des Zeugen mit der des Beschuldigten, der indes nicht gezwungen werden könne, die Gründe für sein Schweigen darzutun.

Wozu der Zeuge gesetzlich verpflichtet ist, wurde bereits in anderem Zusammenhang klargestellt: er muß die in § 81 c normierten körperlichen Untersuchungen hinnehmen, sofern sie sich innerhalb der in Abs. 2 und 4 genannten Grenzen bewegen.¹⁾

bb) Einwilligungserfordernis

Darüber hinausgehende Untersuchungen von Zeugen sind nach dem Wortlaut des § 81 c "ohne ihre Einwilligung" nicht zulässig.²⁾ Eine Mitwirkungspflicht kann sich auch nicht etwa aus der allgemeinen Pflichtenstellung der Zeugen ergeben, die in den §§ 68, 69 abschließend umschrieben ist.³⁾ Dies gilt auch für Befragungen durch den Sachverständigen.⁴⁾ Ebensowenig wie sich eine Duldungspflicht für den Beschuldigten aus den §§ 81, 81 a ergibt, resultiert eine solche für den Zeugen aus § 81 c.⁵⁾ Die eindeutige Konsequenz ist ihre Unzulässigkeit ohne Einwilligung des betroffenen Zeugen. Insbesondere gilt dies für die Glaubwürdigkeitsuntersuchungen, denen sich Zeugen ohne ihr Einverständnis nicht zu unterziehen brauchen.⁶⁾

1) vgl. Ausführungen S. 72

2) Dazu Peters, § 40 II (S.275 ff.); Beling, ZStW 1907, 792 (798); vgl. auch Ausführungen S. 72

3) so Simader, FN 31) auf S.211; noch offengelassen in RGSt 40,48 (50) (Urt.v.26.2.1907); vgl. auch FN 4) unten

4) Die grundsätzliche Zulässigkeit eigener Befragungen durch den Sachverständigen bedeutet nicht, daß der Zeuge sich der Befragung stellen muß; vgl. dazu Löwe-Rosenberg-Meyer § 81c, Rdnr.4; vgl. auch Ausführungen S.

5) Löwe-Rosenber-Meyer a.a.O. und Rdnr. 8

6) Da es sich in der Praxis weitgehend um Glaubwürdigkeitsuntersuchungen kindlicher Zeugen handelt, ist insoweit auf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abzustellen (vgl. auch Wortlaut des § 81c Abs.3 S.2). Allerdings wird der Sachverständige die beim kindlichen Zeugen bestehenden Vorteile seiner Exploration in der Regel auch beim Erwach-

Dies ist die eindeutig herrschende Meinung im Schrifttum¹⁾, der sich auch die Rechtsprechung angeschlossen hat²⁾, nachdem der BGH zwischenzeitlich einmal eine andere Ansicht vertreten hatte.³⁾

cc) Differenzierte Behandlung von Glaubwürdigkeitsuntersuchungen in richterlicher Anwesenheit

Differenzierter Betrachtung unterliegen allerdings jene Glaubwürdigkeitsuntersuchungen, die in richterlicher Anwesenheit vorgenommen werden. Im Hinblick auf diese Untersuchungen divergieren die Meinungen beträchtlich.

senen haben, so mit Recht Janetzke, NJW 1958, 534 (535)

- 1) vgl. etwa Bockelmann, GA 1955, 321 (331); Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244, Rdnr. 65; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81 c, Rdnr. 8; KMR, 9 81 c, Rdnr. 4; Spindel, JuS 1964, 465 (471); Jessnitzer, Der Sachverständige, 97; Panhuysen, 76; Janetzke, NJW 1958, 534; Ligges, 110; Blau, GA 1959, 293 (302); Heinitz, JR 1960, 226 (227); aa allenfalls Alsberg-Nüse, 393, der im Zusammenhang mit § 81 c feststellt, der Zeuge müsse sich einer Untersuchung auf seinen Geisteszustand unterziehen.
- 2) BGHSt 13, 394 (Urt. v. 14.10.1959); 14, 21 (Urt.v. 11.11.1959); OLG Hamm, JMBL NRW 1957, 45 (46) - Leitsatz in JZ 1957, 186 - (Beschl. v. 29.6.1956)
- 3) BGH 5 StR 416/54 (Urt.v.14.12.1954): dort hatte der BGH das überraschende Abholen eines Kindes zur Befragung für zulässig erachtet, also offensichtlich ohne vorherige Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

aaa) Meinung des BGH

Der BGH sieht die Glaubwürdigkeitsprüfung durch § 81 c nur im Hinblick auf Untersuchungen eingeschränkt, nicht hingegen solche Prüfungen ganz allgemein.¹⁾ Er hält demzufolge etwa Befragungen durch einen Sachverständigen im Rahmen der Hauptverhandlung zur Prüfung der Glaubwürdigkeit auf dem Weg des § 80 für zulässig. "Die Zeugenpflicht schließt ein, daß der Zeuge die Prüfung seiner Glaubwürdigkeit dulden muß. Der Richter ist zu dieser Prüfung verpflichtet; es gibt keine gesetzliche Vorschrift, die ihm verböte, sich dabei der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen."²⁾

bbb) Standpunkt des OLG Hamm

Eine andere Ansicht hat das Oberlandesgericht Hamm in seinem Beschluß vom 29.6.1956³⁾ vertreten. Das Oberlandesgericht beschränkt die Zeugnispflicht des Bürgers darauf, Aussagen über Wahrnehmungen zu machen, nicht aber über Geisteszustand oder Glaubwürdigkeit. Nur bei Aussagen über Wahrnehmungen könne es sich um eine Vernehmung handeln, andernfalls liege eine in die äußere Form einer Vernehmung gekleidete unzulässige Exploration vor.

1) So BGH, JR 1970, 67 (Urt. v. 13.5.1969):
"Aus § 81 c ergibt sich indessen nur das Verbot der Beweiserhebung durch Untersuchung. Andere Wege sind nicht verschlossen." Ebenso wohl Janetzke, NJW 1958, 534; Eb. Schmidt, LK Nachtragsband I, § 81 c, Rdnr. 8; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81 c, Rdnr. 9.

2) So BGH JR 1970, 67 (Urt.v. 13.5.1969)

3) OLG Hamm a.a.O.

ccc) Stellungnahme der Literatur

(1) Peters

Zustimmung hat letztgenannte Ansicht bei Peters¹⁾ gefunden, der in einer Anmerkung auf die oben zitierte BGH-Entscheidung seine konträre Meinung begründet hat. Peters' zufolge wird die Möglichkeit des Zeugen, die Glaubwürdigkeitsprüfung zu verweigern, nicht auf die in § 81 c normierten Fälle limitiert; vielmehr brauche der Zeuge Fragen, die einer Überprüfung seiner Glaubwürdigkeit dienten, gegen seinen Willen an keiner Stelle, auch nicht im Gerichtssaal, zu beantworten, da "außerhalb seiner Zeugenverpflichtung liegend."²⁾ Das Gericht könne nicht aus einem Beweismittel - dem Sachverständigen - eine Vernehmungsperson machen. Dies aber sei der Fall, wenn der Richter die für die zu stellenden Fragen erforderliche Sachkunde nicht besitze. "Unzulässig wäre eine als richterliche Vernehmung getarnte Abhörung durch den Sachverständigen."³⁾

1) Peters, JR 1970, 67 (69), als Anm. zu der unter FN 2) auf S. 167 zitierten BGH-Entscheidung; ähnlich Bockelmann, GA 1955, 321 (331), der darauf hinweist, daß "die Ausübung des Fragerechts" nicht dazu führen dürfe, "daß die ganze Vernehmung an den Sachverständigen übergeht." So auch Eb. Schmidt, LK Teil II, § 80, Rdnr.1; Janetzke a.a.O.; Panhyusen, 76

2) Vgl. Peters a.a.O.
aa: Schuster, 44, der darin nicht eine versteckte Untersuchung auf den Geisteszustand sieht, die der Zeuge nicht zu dulden habe. Andererseits aber fordert Schuster, daß die entsprechenden Fragen, "die der Aufklärung insoweit dienlich sind, als sie die Glaubwürdigkeit erkunden sollen", vom Richter gestellt werden.

3) So Peters, Handbuch, 768 (784); ähnlich Löwe-Rosenberg-Meyer, § 80, Rdnr. 10.

(2) Sarstedt

Dagegen hat Sarstedt¹⁾ eingewandt, ein "Verbot der Rollenvertauschung"²⁾ gebe es nicht. Es sei ein alltäglicher Vorgang, daß Vernehmungsbeamte zu Zeugen - also Beweismitteln - gemacht würden, ohne daß dagegen Einwände erhoben würden. Der von Peters monierte Rollentausch gehöre daher zur forensischen Praxis, die auch nicht gegen geltendes Recht verstoße.

(3) Krafft

Krafft³⁾ stimmt dem grundsätzlich zu, nicht jedoch ohne auf die Bedenklichkeit eines derartigen Tausches im Hinblick auf § 80 hinzuweisen.

(4) Eigene Stellungnahme

Meines Erachtens überzeugt diese Einschränkung nicht. Gerade die Regelung des § 80 würde doch widerlegt, wollte man dieser Argumentation folgen. Der Sinn des § 80 Abs. 2 liegt ja gerade auch darin, dem Sachverständigen die Möglichkeit zu geben, selbst Fragen zu stellen⁴⁾, die nur er zu stellen in der Lage ist. Folglich nimmt der Sachverständige auch dann quasi die Rolle einer Vernehmungsperson ein. Dies läßt sich sicher nicht mit dem formalen Hinweis respektieren, der Sachverständige könne ja gar nicht vernehmen.

1) Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22. Aufl., § 80, Anm. 4 b)

2) Peters a.a.O.

3) Krafft, 93

4) So auch Löwe-Rosenberg-Sarstedt a.a.O.; ebenso Löwe-Rosenberg-Meyer, 23. Aufl., § 81 c, Rdnr. 9

Will man insoweit von einer Rollenvertauschung sprechen¹⁾, so handelt es sich um eine - auch im Hinblick auf § 80 Abs. 2 - von der Rechtsordnung gebilligte.²⁾ Es scheint nahezu unmöglich, eine exakte Grenzziehung vorzunehmen, bis zu welchem Punkt eine Befragung vor dem Richter sich noch als eine Vernehmung durch diesen darstellt, ab wann sie zu einer unzulässigen durch den Sachverständigen wird. Entscheidend dürfte meines Erachtens sein, daß durch die richterliche Anwesenheit die Justizförmigkeit der Befragung grundsätzlich gewährleistet ist.³⁾ Bedenken ließen sich allenfalls geltend machen, wenn die gesamte Befragung auf den Sachverständigen übergehen würde.⁴⁾ Ansonsten aber läßt sich der Vorwurf einer als richterliche Vernehmung getarnten Glaubwürdigkeitsuntersuchung nicht aufrechterhalten.

(5) Panhuysen

Panhuysen⁵⁾ vertritt die Ansicht, der Zeuge sei nicht aussagepflichtig, wenn ihm Fragen gestellt würden, "die in keiner unmittelbaren Beziehung zum Tatkomplex stehen." Sie geht davon aus, daß der Richter im Rahmen einer Vernehmung eben nur solche Fragen stellen dürfe, bei denen jener unmittelbare Bezug hergestellt

1) Auch Krafft, a.a.O., räumt ein, daß dieser Ausdruck "vielleicht etwas unglücklich gewählt" sei

2) So etwa RGSt 40, 48 (50) (Urt.v.26.2.1907); BGHSt 23, 1 (2) (Urt.v.13.5.1969); Löwe-Rosenberg-Meyer a.a.O.; Eb. Schmidt, LK Nachtragsband I, § 81 c, Rdnr. 8

3) So auch Krafft, 35

4) vgl. Bockelmann, GA 1955, 321 (331); Eb. Schmidt, LK Teil II, § 80, Rdnr. 1; Janetzke, NJW 1958, 534 (535); Panhuysen, 76

5) Panhuysen, 75

sei und daß gleiches auch für Fragen des Sachverständigen in richterlicher Anwesenheit gelten müsse.¹⁾

(6) Schuster

Dagegen wendet Schuster²⁾ wohl zu Recht ein, eine Spezifizierung in Fragen mit und ohne unmittelbaren Bezug sei tatsächlich gar nicht möglich.

ddd) Abwägung und Ergebnis

Es fällt in der Tat schwer, ein Kriterium zu finden, anhand dessen eine derartige Spezifizierung vorgenommen werden könnte. Grundsätzlich muß der Zeuge im Rahmen des § 69 alle Fragen zur Sache beantworten, es sei denn, er hat ein Recht zur Zeugnis- oder Auskunftsverweigerung oder es handelt sich um eine gemäß § 68 a unzulässige Frage. Ferner normiert § 68 ausdrücklich die Zulässigkeit von Fragen zur Glaubwürdigkeit im Zusammenhang mit den Fragen zur Person. Eine Einschränkung in der von Panhuysen proklamierten Form ist im Gesetz nicht vorgesehen.³⁾ Wie sollte beispielsweise der Fall behandelt werden, daß ein Richter mit entsprechenden psychologischen Eigenkenntnissen selbst dem Zeugen Fragen stellen könnte wie sonst nur ein Sachverständiger? Müßte der Richter die Fragen dann stellen, um seiner gesetzlichen Aufklärungspflicht nachzukommen oder dürfte er sie nicht stellen, weil das unter

1) vgl. Panhuysen, 74

2) Schuster, 76; dagegen letztlich auch Krafft, 91/92, der dann allerdings den Schluß zieht, eine Glaubwürdigkeitsuntersuchung auf dem Weg über § 80 sei grundsätzlich unzulässig

3) So auch Schuster, 76

Umständen auf eine unzulässige Untersuchung auf Glaubwürdigkeit hinausliefe? Zu dem von Panhyusen angestrebten Ergebnis könnte man allerdings kommen, wenn man die gesetzliche Regelung so interpretierte, daß Fragen zur Glaubwürdigkeit im Zusammenhang mit Fragen zur Person vorgesehen seien - vgl. § 68 -, diese zu stellen aber Sache des Richters sei. Dann brauchte man die Trennung in unmittelbare und mittelbare Beziehung zum Tatkomplex gar nicht, der Sachverständige dürfte solche Fragen auch in richterlicher Anwesenheit nicht stellen. Diese Interpretation stünde aus der Sicht des Zeugen auch nicht in Widerspruch zu § 81 c, da Glaubwürdigkeitsuntersuchungen durch den Sachverständigen ja gerade nur mit Einwilligung zulässig sind. Fragen, die dem Gesetz zufolge Sache des Richters wären und die der Zeuge im Rahmen seiner Zeugnispflicht würde beantworten müssen, dürfte der Sachverständige aber auch an dessen Stelle nicht stellen und so das Einwilligungserfordernis umgehen, ohne daß der Vorwurf einer als Vernehmung getarnten unzulässigen Glaubwürdigkeitsprüfung erhoben werden könnte. Eine solche Betrachtungsweise wäre meines Erachtens aber zu formal und würde dem Sinn der Vorschriften - insbesondere auch der §§ 80, 81 c - nicht gerecht.

Als Zwischenergebnis bleibt daher zunächst festzuhalten, daß der gegen die Ansicht des BGH gerichteten Meinung immanente Grundgedanke, eine Glaubwürdigkeitsprüfung über § 80 stelle eine Umgehung der dem Zeugen obliegenden freien Entscheidung dar, eine solche zu akzeptieren oder nicht¹⁾, zwar nicht einfach zu verwerfen ist, daß die dafür bislang erörterten Argumente indes nicht zu überzeugen vermögen.

1) So Peters, FN 2) und 3) auf S. 168

Allerdings drängt sich angesichts der Tragweite solcher Eingriffe, wie sie in § 81 normiert sind, der Gedanke an eine abschließende Regelung auf, so daß der Gesetzgeber möglicherweise alle weiteren Eingriffe - darunter eben auch Glaubwürdigkeitsuntersuchungen - von der Einwilligung des Betroffenen hat abhängig machen wollen. Wird der Zeuge auf dem Weg über § 80 Abs. 2 doch zu einer Glaubwürdigkeitsuntersuchung gezwungen, so könnte dies in der Tat eine "Umgehung der freien Entscheidung"¹⁾ darstellen. Dagegen spricht aber wiederum, daß in § 81 c wohl nicht das Ergebnis, sondern der Weg zu diesem Ergebnis eine abschließende Regelung erfahren sollte, folglich eine Umgehung des § 81 c durch eine justizförmige Vernehmung gar nicht möglich scheint.²⁾ Gegen eine solche Auslegung wendet sich Krafft³⁾ unter Hinweis auf § 81, der im Zusammenhang mit § 81 c gesehen werden müsse. Wenn eine der Normierung der Beobachtung des Beschuldigten in § 81 vergleichbare Regelung für den Zeugen in § 81 c nicht vorgesehen sei, müsse daraus der Schluß deren Unzulässigkeit gezogen werden. Um eine solche Maßnahme aber handle es sich gerade, "wenn der Sachverständige den Zeugen bei einer richterlichen Vernehmung beobachtet,"⁴⁾ wobei das Stellen von Fragen dann zu einer unzulässigen Untersuchung führe.

1) Peters a.a.O.

2) So BGH JR 1970, 67 (Urt.v.13.5.1969) unter Ablehnung des OLG Hamm JMB1 NRW 1957, 45 (Beschl. v.29.6.1956); ebenso Janetke, NJW 1958, 534; Eb. Schmidt, Nachtragsband II, § 81c, Rdnr.8; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81c, Rdnr.9; Schuster, 77: "Aus § 81c folgt also nur, daß der Zeuge keine Augenscheinseinnahme an seinem Körper dulden muß". Schuster bezieht sich dabei auf die Protokolle der Kommission für die Reform der Strafprozesse, 1905, 2.Bd.(Anm.:vgl. S.179ff, auch 1.Bd. S. 79ff.)

3) Krafft, 90

4) Krafft a.a.O.

Gegen diese Ansicht können zwei Einwände vorgebracht werden: Auf den einen weist Krafft selbst hin, indem er zu bedenken gibt, daß "§ 81 c möglicherweise nur die Anstaltsbeobachtung ausschließen will."¹⁾ Dies ist meines Erachtens sicherlich anzunehmen. Wenn § 81 c Untersuchungen und körperliche Eingriffe unter bestimmten Voraussetzungen permittiert, kann darin kein Anhaltspunkt für die Interpretation gesehen werden, eine bloße Beobachtung, die dort für den Zeugen mit einer unverhältnismäßig geringeren Beeinträchtigung verbunden ist, zu exzipieren. Die Nichtberücksichtigung der Beobachtung in § 81 c kann daher meines Erachtens nur darauf zurückzuführen sein, daß der Gesetzgeber eine solche in jedem Falle für zulässig, ihre ausdrückliche Erwähnung in § 81 c folglich für überflüssig hielt. Von einer stationären Beobachtung, vgl. § 81, hingegen sollte der Zeuge als unverdächtiger Dritter ausgenommen bleiben; daher erfolgte insoweit auch keine gesetzliche Normierung. Der zweite Einwand richtet sich dagegen, die Vernehmung durch den Richter zugleich als eine Beobachtung durch den Sachverständigen darzustellen. Eine solche Gleichsetzung vermag nicht zu überzeugen. Der Sachverständige wird seine Erkenntnisse nicht nur durch die bloße Beobachtung erreichen können, sondern erst durch seine Fragen an den Zeugen. Im Ergebnis dürfte daher der Ansicht zuzustimmen sein, daß durch § 81 c nur eine Art der Beweisführung geregelt werde, nicht hingegen auch das Beweisthema.²⁾

1) Krafft, 90

2) vgl. Schuster, 76

Ob ein Zeuge glaubwürdig ist oder nicht, kann schließlich auf verschiedene Weise festzustellen versucht werden. Schon der Richter kann sich unter Umständen ein potentielles Urteil aufgrund der "normalen" Vernehmung in der Hauptverhandlung bilden. Der Zeuge kann sich immer nur dagegen verwahren, daß seine Glaubwürdigkeit mit Methoden ermittelt werden soll, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat. Die Vernehmung über § 80 - auch mit Fragen des Sachverständigen - aber hat der Gesetzgeber vorgesehen.¹⁾ Ein Einwilligungserfordernis dafür besteht nicht, vielmehr handelt es sich um Erfüllung der Zeugenpflicht.²⁾ Es kann demzufolge nicht überzeugen, den Vorwurf der Umgehung freier Entscheidung des Zeugen zu erheben.

Für diese rechtliche Betrachtung sprechen nicht zuletzt auch die Erwägungen, die der Gesetzgeber bei seinen Beratungen zu den Vorschriften über die körperliche Untersuchung angestellt hat.³⁾ Dort wurde der Überlegung Priorität eingeräumt, ob die Art der Untersuchung "das Schamgefühl der zu untersuchenden Person"⁴⁾ verletzen könnte und Einigkeit darüber erzielt, daß insbesondere bei weiblichen Personen nötigenfalls auf eine Augenscheinseinnahme

1) Daß der Gesetzgeber es nicht für problematisch hielt und demzufolge auch nicht für unzulässig erklärte, wenn der Richter dem Sachverständigen die wesentlichen Fragen überließ, ergibt sich auch aus den Protokollen zu den Gesetzesberatungen-vgl. Hahn, Motive I, 618f.-, aus denen hervorgeht, daß im Rahmen des § 80 letztlich nur der Diskussion hinsichtlich der Akteneinsicht entscheidender Raum gegeben wurde.

2) So auch BGH a.a.O.

3) vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1. Band, 79 ff. 2. Band, 179 ff.

4) vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 2. Band, 180

verzichtet werden müsse.¹⁾ Daraus dürfte mit Recht der Schluß zu ziehen sein, daß nicht etwa das Ziel der Untersuchung, sondern die Durchführung mittels Augenscheinseinnahme in Zweifel stand. Das Erfordernis der Einwilligung kann sich folglich nur insoweit stellen. Daß der Sachverständige unter Umständen eine solchermaßen erfolgende Glaubwürdigkeitsprüfung als contra legem artis ablehnen könnte²⁾, ist eine davon unabhängig zu beurteilende und jeweils vom einzelnen Sachverständigen zu beantwortende Frage, die indes für die hier in Rede stehende Problematik zu keiner anderen rechtlichen Bewertung führen kann.³⁾

Im Hinblick auf mögliche Belehrungsfragen bezüglich eigener Tätigkeit des Sachverständigen können diese Glaubwürdigkeitsuntersuchungen außer Betracht bleiben, da insoweit - im Rahmen einer richterlichen Vernehmung - die allgemeinen Belehrungsvorschriften zur Anwendung gelangen.

Im Ergebnis ist somit nur die von dem Sachverständigen eigenverantwortlich vorgenommene Glaubwürdigkeitsuntersuchung von vorheriger

1) vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1. Band, 86 2. Band, 181

2) So Peters, JR 1970, 68 (69), der die Ansicht vertritt, der Sachverständige könnte dazu unter Umständen sogar aus ärztlichem oder psychologischem Standesrecht verpflichtet sein.

3) Peters, a.a.O., weist auch auf die Gefahren hin, die sich daraus ergeben könnten, daß Glaubwürdigkeitsuntersuchungen innerhalb der unzureichenden Möglichkeiten der Hauptverhandlung vorgenommen werden.

Einwilligung des Zeugen abhängig.¹⁾ Die Freiwilligkeit dieser Entscheidung kann folglich Gegenstand einer Belehrung sein.

3) Sonstige Rechte

a) Schweigerecht des Sachverständigen

Schließlich kommt möglicherweise noch eine Belehrung darüber in Betracht, daß der Sachverständige dem Exploranden nicht als Arzt oder Psychologe, sondern als Beauftragter der Strafverfolgungsorgane gegenübertritt, daher ein Recht zum Schweigen nicht bestehen könnte. Da nahezu jedermann um die Schweigepflicht des Arztes weiß, auch wenn der zugrundeliegende rechtliche Zusammenhang natürlich weitgehend unbekannt sein wird²⁾, könnte der Explorand davon ausgehen, daß seine Angaben unter den Geheimnisschutz fallen und daher nicht zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangen würden.³⁾

1) Was für die Glaubwürdigkeitsuntersuchung festgestellt wurde, gilt ebenso für eine Untersuchung auf den Geisteszustand; vgl. dazu RG HRR 1928, Nr. 2330 (Urt. v. 24.9.1928); im Anschluß daran OLG Hamm, JMBL NRW 1957, 45 (Beschl. v. 29.6.1956); Löwe-Rosenberg-Kohlhaas, Vorb. I 1 b vor §§ 52-55; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81c, Rdnr. 10; KMR, § 81c, Rdnr. 4; Kleinknecht, § 81c, Rdnr. 2; Janetzke, NJW 1958, 534 (535); Panhyusen, 75; Jessnitzner, Der Sachverständige, 97; Spindel, JuS 1964, 465 (471); aA: Alsberg-Nüse, vgl. FN 1) auf S. 166

2) Ob § 53 analog auch auf den Psychologen anwendbar ist, soll hier nicht erörtert werden. (Dazu z.B. Peters, Handbuch, 768 (789/790). In § 203 StGB ist der Berufspsychologe jedenfalls in den Kreis der potentiellen Täter aufgenommen worden, Abs. 1 Ziff. 2.

3) Diese Befürchtung äußert auch Kogge, JR 1950, 203 (204)

aa) Denkbare Belehrungsinhalt

aaa) Grundsätzliche Offenbarungspflicht des Sachverständigen

Es dürfte außer Zweifel stehen, daß dies grundsätzlich nicht der Fall sein kann, soll die Tätigkeit des Sachverständigen nicht ad absurdum geführt werden.¹⁾ Ein Sachverständiger, der seine Erfahrungen unter Hinweis auf ein Schweigerecht - um zunächst bei dieser Terminologie zu bleiben - zurückhalten könnte, wäre zur Erfüllung seines gesetzlichen Auftrages zwangsläufig nicht in der Lage.

bbb) Ausnahmemöglichkeiten

Dennoch machte man es sich zu leicht, wollte man sich ohne weitere Nachprüfung auf den Standpunkt stellen, der Sachverständige habe in keinem Falle ein Schweigerecht. Zunächst muß kurz expliziert werden, welcher Art ein solches Schweigerecht sein könnte; ferner bedarf der Erörterung, ob und in welchen Ausnahmefällen dem Sachverständigen ein solches Recht zukommen könnte. Es wurde oben bereits darauf hingewiesen, daß ein Schweigerecht bei der mündlichen Gutachtenerstellung grundsätzlich nicht in Betracht kommen kann. Das in § 76 normierte Gutachtenverweigerungsrecht regelt einen anderen Fall; den nämlich, daß der Sachverständige die Beauftragung zur Gutachtenerstattung aus den in § 76 normierten Gründen ablehnen kann.²⁾ Hier interessiert

1) So auch Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 38; Lenckner, Arzt und Recht 1966, 159 (191); Schmitz, 17

2) vgl. Rengier, 264 (270) m.w.N.; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 76, Rdnr. 2

allein die Frage, ob und inwieweit dem Sachverständigen nach Beauftragung ein Schweigerecht zustehen könnte.

(1) Ausgangspunkt: § 203 StGB

Sedes materiae ist § 203 StGB. Danach ist dem Arzt oder Berufspsychologen - vgl. § 203 Abs. 1 Ziff. 1, 2 - bei Strafandrohung untersagt, unbefugt ein fremdes Geheimnis zu offenbaren, welches ihm in seiner beruflichen Eigenschaft anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. "Anvertrauen ist das Einweihen in ein Geheimnis unter Umständen, aus denen sich eine Pflicht zur Verschwiegenheit ergibt."¹⁾

Nach Überwiegender Meinung kann ein Anvertrauen dann nicht vorliegen, wenn der Sachverständige das Geheimnis im Rahmen seines gerichtlichen Untersuchungsauftrages erfährt.²⁾ Der Sachverständige trete nämlich dem Exploranden nicht als helfender Arzt oder Psychologe gegenüber, sondern als Beauftragter der Strafverfolgungsbehörden in der erkennbaren Ansicht, die

1) So RGSt 13, 60 (Urt.v. 22.10.1885)

2) vgl. z.B. RGSt 61, 384 (Urt.v.17.10.1927); 66, 273 (274) (Urt.v.26.4.1932); BGHZ 40, 288 (295/296); Eb. Schmidt, Der Arzt, 32f.; ders., LK Teil II, § 81, Rdnr. 24; Schönke-Schröder, § 203, Rdnr. 16 (wobei dort m.E. aber das Regel-Ausnahme-Verhältnis etwas verzerrt dargestellt wird); Jessnitzer, Der Sachverständige, 118. Im Ergebnis auch zustimmend Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 37/38, der allerdings Kritik an der Begründung des RG übt. Er vertritt die Ansicht, daß bei Verneinung des Anvertrauens i.S.d. § 203 StGB-Bockelmann bezieht sich noch auf § 300 a.F.-der Arzt gar keine Schweigepflicht hätte, also gegenüber jedermann offenbaren könnte. "Doch die Schweigepflicht des Arztes wird nicht dadurch begründet, daß der Patient "die Voraussetzungen der Geheimhaltung macht", sondern dadurch, daß dem Arzt das Geheimnis des anderen aus Anlaß der beruflichen Beschäftigung mit ihm bekannt geworden ist." Im Ergebnis aber stimmt Bockelmann mit der h.M. überein.

Ergebnisse seiner Tätigkeit an diese weiterzuleiten.¹⁾

(2) Einschränkung

Allerdings soll diese Feststellung auch nach dieser wohl als herrschend zu bezeichnenden Meinung nicht uneingeschränkt gelten.²⁾ Kohlhaas weist zu Recht darauf hin, welch "weitverbreiteter Irrtum" es sei, anzunehmen, der Sachverständige habe keinerlei Schweigepflichten.³⁾ Die erste Einschränkung bestehe darin, daß der Sachverständige eine Offenbarungspflicht nur seinem Auftraggeber gegenüber habe⁴⁾, die zweite - relevantere - darin, daß sich diese Pflicht nur auf solche Wahrnehmungen erstrecken dürfe, die der Sachverständige innerhalb seines Auftrages gemacht habe.⁵⁾ Bei außerhalb des Auftrages liegenden könne hingegen ein Vertrauensverhältnis im Sinne des § 203 StGB entstehen, so daß dann "das beiläufig Miterfahrene auch dem Auftrag-

1) So z.B. RGSt 66, 273 (275) (Urt.v. 26.4.1932) Löwe-Rosenberg-Meyer, § 53, Rdnr. 31

2) Darauf weist Lenckner, Arzt und Recht 1966, 159 (191) hin

3) vgl. Kohlhaas, Medizin und Recht, 31

4) In diese Richtung zielt wohl auch die Kritik Bockelmanns - a.a.O. - am RG, vgl. FN 2) auf S. 179

5) So auch Kohlhaas, a.a.O., 31/32

geber gegenüber verschwiegen werden muß."¹⁾
Die Konsequenz der herrschenden Meinung im Hinblick auf § 203 StGB ist folglich, daß - bis auf die genannten Ausnahmen - das von dem Sachverständigen Erfahrene tatbestandlich nicht unter § 203 StGB subsumiert werden könnte.

(3) Kritik Rengiers

Gegen dieses Ergebnis und die dafür deklamierten Gründe hat sich Rengier gewandt.²⁾ Rengier moniert einmal, daß die herrschende Meinung den seit dem Dritten Strafrechtsänderungsgesetz von 1953³⁾ geltenden Gesetzeswortlaut - "oder sonst⁴⁾ bekanntgeworden ist" - nicht ausreichend berücksichtigt habe.⁵⁾ Ein Anvertrautsein sei danach nicht Voraussetzung, womit dem entscheidenden Argument der herrschenden Meinung der Boden entzogen sei. Auch der demgegenüber denkbare Einwand, dann sei der Umstand dem Sachverständigen jedenfalls nicht als Arzt oder als Berufspsychologe bekanntgeworden,

1) vgl. etwa RGSt 61, 384 (385) (Urt.v.17.10.1927); LG Köln, NJW 1959, 1598 (Beschl.v. 2.4.1959); Kohlhaas a.a.O.; ders. in DRiZ 1959, 246; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 38; Krafft, 29 will ein Eingreifen des § 300 a.F. nur für solche Ausnahmefälle gelten lassen, bei denen die Geheimhaltung einer Tatsache nicht in der Macht des Beschuldigten steht (z.B. zufällige Feststellung einer Epilepsie). Dies dürfte eine zu enge Grenzziehung sein; weiterhin Eb. Schmidt, LK Teil II, § 53, Rdnr. 16 (unter Berufung auf RGSt 61, 384); KMR, § 53 Rdnr. 17; Klein-knecht, § 53, Rdnr. 18; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 53, Rdnr. 31

2) Rengier, 264 ff.

3) vom 4.8.1953 (BGBl. I, 735)

4) Das "sonst" wurde mit Neufassung des § 203 durch das EGStGB v. 2.3.1974 (BGBl. I, 469) eingefügt

5) vgl. Rengier, 266

überzeuge nicht. Schließlich werde jemand einzig und allein aus dem Grund zum Sachverständigen bestellt, weil er Arzt oder Psychologe sei.¹⁾ Es könne daher letztlich nicht differenziert werden zwischen dem, das einem Arzt als Arzt und dem, das einem Arzt als Sachverständigen aus jemandes Privatsphäre bekanntwerde. Ferner sei es unnatürlich, den einheitlichen Explorationsvorgang aufzusplittern.²⁾ Dies aber sei der Fall, wenn man mit der herrschenden Meinung § 203 StGB sehr wohl bei Äußerungen gegenüber Dritten - also nicht den Strafverfolgungsorganen - eingreifen lasse.³⁾

Schließlich könne die herrschende Meinung auch für die zweite Einschränkung⁴⁾ keine überzeugende Begründung anbieten. Es werde auch insoweit eine konstruierte, lebensfremde Aufsplitterung vorgenommen: neben dem Teil der Exploration, der dem Sachverständigen nicht gemäß § 203 StGB anvertraut werden könne, trete ein anderer, in welchem ein unter § 203 StGB fallendes Arzt-Patient-Verhältnis geschaffen werde. Letztlichso die Argumentation Rengiers - sei auch nicht einzusehen, wieso nicht sogar "innerhalb des Gutachterauftrages ein "echtes" Vertrauensverhältnis entstehen kann."⁵⁾

1) vgl. Rengier a.a.O., m.w.N.

2) Rengier, 267

3) vgl. dazu FN 4) auf S. 180

4) vgl. FN 5) auf S. 180

5) So Rengier, 267, m.w.N.

(4) Stellungnahme

Insbesondere letztgenanntes Kriterium dürfte den Realitäten im Verhältnis zwischen Sachverständigem und Explorand Rechnung tragen. Die Ausführungen im Zusammenhang mit der Erörterung eigener Ermittlungen des Sachverständigen haben gerade aufgezeigt, daß wahrscheinlich die Mehrheit der Exploranden in dem Sachverständigen vorrangig den Arzt, Psychiater oder Psychologen, mit einem Wort: den Helfer, sehen und ihm auch das diesen Berufen üblicherweise offerierte Vertrauen entgegenbringen wird. Dieses Verhältnis wurde als der entscheidende Vorteil gesehen, den der Sachverständige auf dem Wege zu einem überzeugenden Gutachten und zur - im richtigen Sinne verstandenen - Wahrheitsfindung besitzt. Zwar könnte man sich auf den Standpunkt stellen, zwischen beiden Vertrauensverhältnissen bestehe eine Divergenz dahingehend, daß im einen Fall Vertrauen in das fachliche Können des Sachverständigen, im anderen Fall Vertrauen mehr im zwischenmenschlichen Bereich gemeint sei¹⁾; dies würde indes auf die von Rengier zu Recht monierte "unbefriedigende Konstruktion" in ein Gutachter-Exploranden-Verhältnis einerseits und ein Arzt-Patient-Verhältnis andererseits hinauslaufen. Es erscheint insbesondere für die Beteiligten unmöglich, eine solche Differenzierung nachzuvollziehen. Es wird in der Tat vielfach zwischen Sachverständigem und Explorand das Vertrauensverhältnis entstehen, das zwischen Arzt und Explorand entstehen würde.²⁾

1) Dazu z.B. Eb. Schmidt, LK Teil II, § 53, Rdnr. 16; Ligges, 70; Jessnitzer, Der Sachverständige, 149f.

2) vgl. etwa Heinitz, Festschrift, 693 (701)

Daß dies nicht zu einer Beeinträchtigung der Rechte des so Vertrauenden führen darf, ist im Rahmen dieser Arbeit bereits verschiedentlich gefordert worden, kann auch durch entsprechende prozessuale Absicherungen erreicht werden.

Im Ergebnis ist jedenfalls in diesem Punkt der Ansicht Rengiers zu folgen, die auch im übrigen mehr zu überzeugen vermag als die zitierte herrschende Meinung. Dies gilt einmal für die Argumentation mit dem Gesetzeswortlaut, unter den sich die hier befürwortete Meinung ohne Schwierigkeiten subsumieren läßt. Überdies wird man die Forderung nach strafrechtlichem Schutz der Privatsphäre als indivisibel ansehen müssen.¹⁾ Es gilt ferner für die Forderung nach Unteilbarkeit des Merkmals "anvertrauen". Es vermag in der Tat nicht zu überzeugen, daß dieselbe Äußerung im Hinblick auf die Weitergabe an die Strafverfolgungsorgane und das Gericht nicht anvertraut sein soll, im Hinblick auf Dritte indes sehr wohl. Es ist daher im Ergebnis davon auszugehen, daß auch dem sachverständigen Arzt und Psychologen fremde Geheimnisse im Verlauf der Exploration anvertraut werden im Sinne des § 203 StGB.

Dies kann natürlich nicht zu der Konsequenz führen, der Sachverständige dürfe diese Geheimnisse den Strafverfolgungsbehörden im Hinblick auf § 203 StGB nicht ungestraft weiterleiten. Ausschlaggebend ist vielmehr, inwieweit die zweifellos bestehende Offenbarungspflicht des Sachverständigen, die aus der Pflicht des Exploranden zur Duldung der Untersuchung oder

1) vgl. Rengier, 266

aus dessen freiwilliger Mitwirkung resultiert¹⁾ und die in den §§ 75, 77 ihren Niederschlag gefunden hat, die Offenbarung durch den Sachverständigen zu einer befugten und damit gerechtfertigten macht.²⁾ Es soll an dieser Stelle nicht abschließend expliziert werden, welche Kriterien dabei relevant sind. Es wurde bereits oben konstatiert³⁾, daß das außerhalb des Auftrages liegende, "beiläufig Miterfahrene"⁴⁾, berechtigterweise verschwiegen werden darf unter Berufung auf die mit der materiellrechtlichen Vorschrift des § 203 StGB korrespondierende Prozeßvorschrift des § 53 und das darin normierte Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen. Insoweit käme nämlich eine Zeugenvernehmung des Sachverständigen in Betracht.⁵⁾ Zu diesem Punkt wird unten noch in anderem Zusammenhang näher Stellung genommen.⁶⁾ Es soll hier außerdem nicht weiter darauf eingegangen werden, ob § 53 auch auf den expressis verbis nicht genannten Psychologen analog anwendbar sein könnte⁷⁾ oder ob diese Lösung de lege ferenda anzustreben ist.⁸⁾

1) vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 38; Lenckner, Arzt und Recht, 159 (191); Kohlhaas, Medizin und Recht, 32

2) So auch Rengier a.a.O., 269

3) vgl. oben S. 180/181

4) vgl. FN 1) von S. 181

5) Auf den nur scheinbaren Widerspruch eines Zeugnisverweigerungsrechts für den Sachverständigen weist Rengier, a.a.O., 264, mit Recht hin.

6) vgl. Ausführungen S. 291

7) vgl. dazu FN 2) auf S. 177

8) So Rengier a.a.O., 264

Es sollte an dieser Stelle nur klargestellt werden, daß es in der Tat ein "weitverbreiteter Irrtum" wäre - um Kohlhaas noch einmal zu zitieren¹⁾ -, wollte man die Existenz jeglichen Schweigerechts auf Seiten des Sachverständigen negieren. Dies ändert indes nichts an der grundsätzlichen Offenbarungspflicht des Sachverständigen, die wiederum Gegenstand einer Belehrung des Exploranden sein kann.

bb) Rechts- oder Standespflicht

Umstritten bleibt noch, ob es sich bei dieser Pflicht zur Belehrung um eine Rechtspflicht handelt oder um eine Standespflicht.²⁾

Eine unmittelbare gesetzliche Grundlage findet sich nicht. Dieser Umstand muß eine Rechtspflicht indes nicht von vornherein ausschließen. Stellt man auf die Person des Belehrungspflichtigen ab, - dieser Punkt wird im übrigen oben umfassend im Zusammenhang behandelt³⁾ - so wird der Sachverständige selbst die Belehrung vorzunehmen haben, da für eine richterliche Pflicht auch auf der Grundlage analoger Anwendung kein überzeugender gesetzlicher Ansatz erkennbar ist.

Es dürfte daher richtig sein, hier eine standesrechtliche Verpflichtung anzunehmen mit der Konsequenz, daß eine fehlende Belehrung in diesem Punkt keine rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen wird, sieht man von den denkbaren Fällen einer Täuschung im Sinne des § 136 a einmal ab.

1) vgl. FN 3 auf S. 180

2) So etwa Peters, JR 1969, 232 (233);
offensichtlich auch Fincke, ZStW 1974, 656 (663)

3) vgl. S. 183 ff.

Schließlich nimmt die heute herrschende Meinung nicht einmal bei fehlender Belehrung des Beschuldigten über dessen Schweigerecht ein Verwertungsverbot an.¹⁾

b) Fehlende Zwangsbefugnisse des Sachverständigen

Peters²⁾ vertritt über die bisher erörterten Belehrungspunkte hinaus, die Ansicht, der Sachverständige müsse - sofern es sich um einen Arzt handle - den Probanden darüber aufklären, daß ihm trotz seines behördlichen Auftrages keinerlei behördliche Zwangsmittel zur Verfügung stünden. Er sieht darin, wie in der Aufklärung über das nicht bestehende Schweigerecht³⁾, allerdings wiederum keine prozessuale, sondern eine "Offenheitspflicht als Standespflicht."⁴⁾

Meines Erachtens dürfte eine Belehrung in diesem Punkt nicht relevant sein. Die irrige Annahme des Probanden, dem Sachverständigen stünden behördliche Zwangsbefugnisse zu, würde zunächst voraussetzen, daß der Proband dem Sachverständigen mit einer gänzlich anderen Einstellung entgegentreten würde als dies regelmäßig der Fall sein wird. Außerdem ist es fraglich, ob bei nicht erfolgter Belehrung in diesem Punkt für den Probanden überhaupt negative Konsequenzen entstehen könnten. Derjenige, der nach Belehrung über die sonstigen Rechte auf die Wahrnehmung dieser Rechte verzichten würde, käme nicht in die Situation, Zwangsmitteln ausgesetzt zu werden. Derjenige, der nach entsprechender Belehrung sein Recht aus-

1) vgl. S. 307 ff

2) Peters a.a.O.

3) vgl. FN 2 auf S. 186

4) so Peters a.a.O.

üben würde, dürfte kaum dem Irrtum erliegen, der Sachverständige könne möglicherweise Zwangsmittel anwenden, um die verweigerte Exploration doch noch vornehmen zu können. Die Notwendigkeit einer Belehrung über die Nichtanwendbarkeit von Zwangsmitteln durch den Sachverständigen muß demzufolge verneint werden.

4) Zusammenfassung

Rekapitulierend läßt sich also feststellen, daß im Zusammenhang mit der Explorationstätigkeit des Sachverständigen verschiedene Belehrungsinhalte in Betracht kommen:

Beim Beschuldigten dessen allgemeines Schweigerecht sowie seine Mitwirkungsfreiheit im Hinblick auf solche Maßnahmen, die über die in den §§ 81, 81 a angeordneten hinausgehen.

Beim Zeugen das Zeugnis- und das Auskunftsverweigerungsrecht, ferner die Notwendigkeit der Einwilligung bei solchen Untersuchungen, die nicht gemäß § 81 c duldungspflichtig sind.

Schließlich besteht gegenüber Zeugen wie Beschuldigten ein Erfordernis darüber aufgeklärt zu werden, daß für einen Sachverständigen grundsätzlich kein Schweigerecht gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und dem Gericht existiert.

III. Belehrungsbedürfnis

Auch das Bedürfnis einer Belehrung vor dem Tätigwerden des Sachverständigen wird nicht in Zweifel gezogen werden können.¹⁾

¹⁾ vgl. etwa Fincke, ZStW 1974, 656 (657)

1) Bedürfnis beim Beschuldigten

Gerade wenn der Sachverständige allein tätig wird - ohne die Anwesenheit von Justizorganen -, kann eine in dieser "prozeßfernen Atmosphäre"¹⁾ liegende Gefahr nicht negiert werden: Der Proband könnte verkennen, in welcher Funktion der Sachverständige ihm gegenübertritt²⁾ und daher die prozessuale Relevanz seiner Äußerungen vor dem Sachverständigen falsch einschätzen.³⁾ Hinzu kommt die denkbare irrige Annahme einer Aussage- und Mitwirkungspflicht gegenüber dem Sachverständigen.⁴⁾ Dieser Gesichtspunkt ist bereits mehrfach angeklungen. Die vertrauliche und der Wahrheitsfindung grundsätzlich förderliche Atmosphäre könnte sich in einer prozessuale Rechte gefährdenden Weise niederschlagen.⁵⁾

So wird beispielsweise der Beschuldigte in seinem Verteidiger die entscheidende Vertrauensperson sehen und diesen folglich "bereitwilliger ins Bild setzen als die anderen Verfahrensbeteiligten, von denen er keinen Beistand erwartet."⁶⁾ Diese von der Rechtsordnung im Hinblick auf die prozessuale Stellung des Verteidigers als zwar selbständigem Organ der Rechtspflege⁷⁾ jedoch auch Fürsorgepflichtigem gegenüber seinem Mandanten

1) Fincke a.a.O.

2) Auf diese Gefahr wurde bereits oben - S.109 - i.Z.m. der Erörterung der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen hingewiesen.

3) So auch Fincke a.a.O.; ebenso Heinitz, Festschrift, 693 (700); Arzt, JZ 1969, 438 (439)

4) So auch Fincke a.a.O.

5) Darauf weist auch Bauer, 119, hin

6) So Welp, Festschrift, 391 (392)

7) vgl. z.B. BGHSt 12, 367 (369) (Beschl.v. 30.1.1959); siehe auch § 1 BRAO

gewollte Sonderstellung des Verteidigers, der "über die Persönlichkeit seines Mandanten und den wirklichen Tathergang vielfach am besten unterrichtet" sein dürfte¹⁾, könnte von dem Sachverständigen tangiert werden, wenn der Beschuldigte in ihm mangels entsprechender Aufklärung den Arzt oder Helfer, nicht aber den Beauftragten der Strafverfolgungsorgane sieht.

Hinzu kommt, daß der Proband von seinem Recht, sich mit einem Anwalt zu beraten, angesichts einer bevorstehenden Untersuchung durch einen Sachverständigen oft keinen Gebrauch machen wird, weil es sich eben nicht um eine Vernehmung handelt. "Vielleicht würde er"- Anm.: der Untersuchung -"nach einer ihm jederzeit zustehenden Beratung durch einen Rechtsanwalt manches nicht preisgeben, was er in aller Naivität dem Sachverständigen anvertraut."²⁾ Ein Bedürfnis vorheriger Belehrung muß also auch unter diesem Aspekt sicherlich bejaht werden.

2) Bedürfnis beim Zeugen

Ähnliche Befürchtungen sind im Hinblick auf die Rechtsstellung des Zeugen angezeigt. Auch der Zeuge kann in Zweifel darüber geraten, ob er gegenüber einem Arzt oder Psychologen Angaben machen muß oder bedenkenlos machen kann, die er gegenüber den Strafverfolgungsorganen nicht machen würde. Und bei Explorationen, die über die gesetzlich normierten Untersuchungen im Sinne des § 81 c hinausgehen, könnte er durchaus eine Duldungspflicht annehmen, da er - worauf bereits hingewiesen wurde - nicht zwingend die Verbindungslinie zu den beauftragenden Justizorganen ziehen wird.

1) vgl. Welp a.a.O.

2) Langelüddecke-Bresser, 10

3) Zusammenfassung

Es kann nach alledem keinen ernsthaften Zweifeln unterliegen, daß ein Bedürfnis nach Belehrung vor eigener Tätigkeit des Sachverständigen ohne Einschränkungen bejaht werden muß.

IV. Bestehen einer Belehrungspflicht?

Gleichwohl gehen die Meinungen in der Frage der Belehrungspflicht und der damit verbundenen Frage nach der Person des Belehrungspflichtigen auseinander.

1) Lösungsvorschläge

Grundsätzlich erscheinen in diesem Zusammenhang drei Meinungen denkbar: Man könnte einmal eine Belehrungspflicht für den Sachverständigen annehmen, deren rechtliche Grundlage zu eruieren wäre; man könnte zum anderen eine Belehrungspflicht für die den Sachverständigen beauftragenden Strafverfolgungsorgane in direkter oder analoger Anwendung der für diese geltenden prozessualen Vorschriften annehmen; schließlich könnte man sich auf den Standpunkt stellen, eine Belehrungspflicht bestehe nicht, wenn der Sachverständige in Abwesenheit der allein für diese geltenden Belehrungsnormen tätig werde. Diese Meinungen werden denn auch mit höchst differenzierten Argumentationen vertreten.

2) Meinungen zur Beschuldigtenbelehrung

a) BGH

Zur Frage der Belehrung des Beschuldigten über dessen Schweigerecht bei Befragungen durch den Sachverständigen hat der BGH in seiner Entscheidung vom 6.9.68¹⁾ ausführlich Stellung genommen. Im Ergebnis wird eine Belehrungspflicht - gleichgültig durch welche Person - verneint.

Zur Begründung verweist der BGH zunächst auf eine fehlende gesetzliche Regelung. Die Vorschriften der §§ 136 Abs. 1 S. 2, § 163 a Abs. 3, Abs. 4 S. 2 regelten die Belehrung bei Vernehmungen des Beschuldigten durch die Strafverfolgungsorgane. Eine auch nur analoge Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 auf Anhörungen des Beschuldigten durch den Sachverständigen könne aus verschiedenen Gründen nicht in Betracht kommen.

Zunächst zähle der Sachverständige nicht zu den Strafverfolgungsorganen. Er sei ferner nicht zur Tataufklärung berufen, sondern habe sich "auf Grund seiner Sachkunde nur zu bestimmten einzelnen Fragen zu äußern."²⁾ Schließlich sei er zur Unparteilichkeit verpflichtet und müsse gemäß § 79 Abs. 2, HS. 2 sein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen erstellen. Angesichts der nicht gegebenen Voraussetzungen könne eine analoge Anwendung der genannten Vorschriften auf Anhörungen durch den Sachverständigen nicht in Betracht kommen.

1) BGH JR 1969, 231 (Urt.v. 6.9.1968)

2) so BGH a.a.O.

b) Literatur

aa) Peters

Zu dieser Meinung des BGH hat zunächst Peters in einer Anmerkung zu dem zitierten Urteil Stellung genommen.¹⁾ Peters stimmt dem BGH zwar insoweit zu, als die die Belehrung normierenden Vorschriften der §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 für den Sachverständigen nicht zur Anwendung gelangen könnten, da er kein Strafverfolgungsorgan sei. Diese Vorschriften seien nur auf Vernehmungen zugeschnitten und Vernehmungen seien nach einhelliger Meinung ein Privileg der Justizorgane.²⁾ Dies könne indes nicht bedeuten, der Beschuldigte dürfe hinsichtlich seines Schweige- bzw. Nichtmitwirkungsrechts unbelehrt bleiben.³⁾

Der BGH hätte sich - so die Argumentation Peters' - nicht damit begnügen dürfen, eine Belehrungspflicht des Sachverständigen unter Hinweis auf fehlende gesetzliche Vorschriften generell zu negieren; vielmehr hätte er auch die Überlegung mit einbeziehen müssen, ob nicht die den Sachverständigen beauftragenden Strafverfolgungsorgane eine Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten treffen könnte.⁴⁾ Peters bejaht dies ausdrücklich unter Hinweis auf das StPAG von 1964.⁵⁾ Zwar stelle der BGH in der zitierten Entscheidung fest, daß der Beschuldig-

1) vgl. Peters, JR 1969, 232 (Anm. zu BGH JR 1969, 231)

2) Dieses Ergebnis deckt sich mit den Ausführungen oben S.64 ff.

3) So Peters a.a.O., 232/233

4) Zu dieser Frage vgl. auch Kleinknecht, vor §72, Rdnr. 13 m.w.N.; Fincke a.a.O.

5) Peters a.a.O., 233, wobei er zu Recht feststellt, daß es nicht darauf ankommen könne, ob diese Änderungen "zweckmäßig oder unzweckmäßig" seien. In seinem Lehrbuch weist Peters darauf hin, daß durch das StPAG sicherlich eine gewisse Erschwerung der polizeilichen Tätigkeit eingetreten sei (S.286).

te bereits vor seiner Unterbringung gemäß § 81 sowohl von der Polizei wie von dem Ermittlungsrichter vernommen und zuvor pflichtgemäß über sein Schweigerecht belehrt worden sei.¹⁾ Dies werde man allerdings wohl nicht als Hinweis darauf verstehen können, die Strafverfolgungsorgane seien einer sie unter Umständen treffenden Belehrungspflicht bereits nachgekommen.²⁾ Peters begründet diese Ansicht unter Hinweis auf die §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit § 243 Abs. 4 S. 1 damit, daß eine einmal vorgenommene Belehrung den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen könne.³⁾ Da die Tätigkeit des Sachverständigen gegenüber einer vorherigen Vernehmung jedenfalls einen neuen, selbständigen Prozeßvorgang darstelle, könne sich die vorangegangene Belehrung darauf nicht beziehen. Peters fordert somit eine gesonderte Belehrung über das auch gegenüber dem Sachverständigen bestehende Schweigerecht des Beschuldigten durch die Strafverfolgungsorgane. Allerdings stehe es ihnen frei, "ob sie sie selbst durchführen wollen oder aber, ob sie dem Sachverständigen, sofern er dazu geeignet ist, zugleich mit dem Begutachtungsauftrag die Belehrung der anzuhörenden und zu untersuchenden Person übertragen."⁴⁾ Letztere Regelung hält Peters für zweckmäßig, zumal der Sachverständige - sofern es sich um einen Arzt handle - auch noch standesrechtlichen Belehrungsvorschriften unterliege.

1) BGH JR 1969, 231 (Urt. v. 6.9.1968)

2) So Peters a.a.O.

3) vgl. Peters a.a.O.

4) So Peters a.a.O.; Auch Kern-Roxin, § 27 C (S. 139) will den Sachverständigen der richterlichen Pflicht des § 136 unterstellen, "obwohl das Gesetz schweigt."

bb) Arzt

Auch Arzt, der ebenfalls zu der genannten BGH-Entscheidung Stellung genommen hat¹⁾, befürwortet eine Belehrungspflicht vor Tätigwerden des Sachverständigen, will diese offensichtlich auf analoge Anwendung des § 136 S. 2 stützen. "Es überzeugt nicht, wenn der BGH zwar § 136 a StPO, nicht aber § 136 S. 2 StPO auf Befragungen des Sachverständigen anwendet."² Arzt moniert insbesondere die Argumente, mit denen der BGH eine Analogie ablehnt. Daß der Sachverständige nicht selbst Strafverfolgungsorgan sei, dürfe nicht zu einer Verkürzung von Beschuldigtenrechten führen. Schließlich werde der Sachverständige im Auftrag eines Strafverfolgungsorgans tätig. Außerdem sei es unzutreffend, daß der Sachverständige nur zu untergeordneten Fragen Stellung nehme.³⁾ Den Hinweis des BGH auf die zuvor durch Strafverfolgungsorgane erfolgte Belehrung⁴⁾ kritisiert Arzt, da ein Erst-recht-Schluß auf ein Schweigerecht vor dem Sachverständigen keinesfalls von jedem Beschuldigten gezogen werde.⁵⁾

cc) Fincke

Gegen die vom BGH⁶⁾ einer Analogie objizierten Argumente wendet sich auch Fincke.⁷⁾ Er weist einmal darauf hin, daß nicht nur der Sachver-

1) Arzt, JZ 1969, 438 (Anm. zur Entscheidung des BGH v. 6.9.1968, vgl. FN 4) unten

2) Arzt a.a.O.; ebenso Jessnitzer, Der Sachverständige, 129

3) Während Arzt die Formulierung des BGH "nur zu bestimmten Fragen"-vgl. BGH JZ 1969, 437 (Urt.v.6.9.1968)-im Sinne einer untergeordneten Tätigkeit versteht, sieht Fincke, ZStW 1974, 656 (667) darin ein Kriterium der Spezialität.

4) vgl. BGH JZ 1969, 437 (Urt.v.6.9.1968)

5) Arzt a.a.O.

6) BGH JR 1969, 231 (Urt.v.6.9.1968)

7) Fincke a.a.O.

ständige, sondern auch die Strafverfolgungsorgane zur Unparteilichkeit verpflichtet seien. "Die Belehrung warnt den Beschuldigten nicht davor, daß er es mit seinem Gegner zu tun habe, sondern erklärt ihm seine Mitwirkungsfreiheit!"¹⁾ Dies könne daher kein gegen eine Analogie überzeugend vorzubringendes Argument sein. Gleiches müsse für die vom BGH angeführte Beschränkung des Sachverständigen auf "bestimmte" Fragen gelten. Fincke ist der Ansicht, daß eine Differenzierung zwischen Exploration und Vernehmung anhand des Kriteriums der Spezialisierung nicht getroffen werden könne.²⁾ In beiden Fällen sollten Informationen zu Strafverfolgungszwecken eingeholt werden. Es sei daher unmöglich, "die belehrungspflichtigen Fragen zur "Sache" von angeblich nicht belehrungspflichtiger Erforschung der Persönlichkeit des Beschuldigten zu trennen."³⁾

Wenngleich Fincke also die einer analogen Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 nach Meinung des BGH entgegenstehenden Kriterien nicht subveniert befürwortet er im Ergebnis eine Analogie dennoch nicht, sondern hält eine Belehrungspflicht der Sachverständigen beauftragenden Strafverfolgungsorgane für die allein zutreffende Lösung.⁴⁾ Zur Begründung dafür müsse nicht einmal auf das StPÄG von 1964 verwiesen werden, vielmehr genüge die direkte Anwendung der §§ 136, 163 a, da bei auftragsgemäßer Befragung des Sachverständigen der Auftraggeber "mittelbar" eine Vernehmung durchführe. Der Sachverständige kompensiere gleichsam "fehlendes

1) Fincke a.a.O.

2) vgl. dazu FN 3) auf Seite 195

3) so Fincke a.a.O.

4) So. Fincke a.a.O., 665

Wissen und Können des Ermittlers, ohne dessen prozessuale Subjektsstellung und Verantwortlichkeit zu verändern."¹⁾

Im Ergebnis korrespondieren folglich die Ansichten Finckes und Peters', ohne daß Fincke allerdings Peters' für möglich und oftmals sogar opportun gehaltene Delegation der Belehrungspflicht auf den Sachverständigen bejahen würde.²⁾

dd) Bauer

Gegen diese Delegation wendet sich auch Bauer.³⁾ Der Gesetzgeber habe dem Richter die Belehrungspflicht auferlegt, damit die Gewähr für eine ordnungsgemäße und eindringliche Belehrung gegeben sei. "Es ist deshalb unzulässig, daß der Richter die ihm übertragene Aufgabe einem Dritten überläßt."⁴⁾ Daneben aber bejaht Bauer eine Pflicht des Sachverständigen, den Beschuldigten vor einer von ihm durchgeführten Befragung zu belehren⁵⁾, wobei er diese Pflicht offensichtlich auf eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 stützen will.⁶⁾ Allein eine Belehrung durch die Strafverfolgungsorgane und den Sachverständigen sei zur Sicherung der Beschuldigtenrechte angemessen. Während für Peters entscheidend ist, daß überhaupt belehrt wird, für ihn als Belehrungspflichtiger sowohl Richter und Staatsanwalt als

1) Fincke a.a.O., 666

2) Eine Delegation vom Auftraggeber auf den Sachverständigen hält auch Kleinknecht, 1 C a vor § 72, für möglich.

3) Bauer, 110/111

4) Bauer, 111, 123, der eine Übertragung selbst dort ablehnt, "wo eine vorschriftsmäßige Belehrung durch einen Dritten, etwa einen Anwalt, sichergestellt wäre."

5) vgl. Bauer, 120

6) vgl. Bauer, 121

auch der Sachverständige in Frage kommen, fordert Bauer eine doppelte Belehrung durch die Strafverfolgungsorgane und den Sachverständigen als Richtergehilfen, ohne allerdings eine Rechtsgrundlage dafür ausdrücklich zu nennen bzw. eine offenbar befürwortete Analogie zu § 136 Abs. 1 S. 2 näher zu begründen.¹⁾

ee) Krafft

Für eine Analogie spricht sich schließlich auch Krafft aus.²⁾ Zwar wendet er sich gegen die Klassifizierung als Richtergehilfe, sieht jedoch in der Beauftragung des Sachverständigen durch das Gericht und in der "immer größeren Bedeutung des Sachverständigengutachtens für den Ausgang des Prozesses"³⁾ hinreichende Gründe, "den Sachverständigen streng an die für die Strafverfolgungsbehörden geltenden rechtsstaatlichen Grundsätze zu binden."⁴⁾ Krafft verweist ausdrücklich auf das StPÄG von 1964 und hält zur Realisierung dessen Zielsetzung umfassender Beschuldigtenbelehrung eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 auf den Sachverständigen für erforderlich. Ebenso wie Bauer lehnt er eine Belehrung allein durch den beauftragenden Richter als nicht ausreichend ab.

1) Bauer a.a.O., weist lediglich auf die Gehilfenstellung des Sachverständigen hin. Dieses Kriterium vermag allerdings nicht zu überzeugen; vgl. dazu auch Ausführungen S.

2) Krafft, 23

3) Krafft, 22

4) Krafft a.a.O.

c) Auswertung und Stellungnahme

Meines Erachtens ist im Ergebnis eine Belehrung durch die den Sachverständigen beauftragenden Strafverfolgungsorgane erforderlich aber auch ausreichend, um die prozessualen Rechte des Beschuldigten auch gegenüber dem Sachverständigen zu gewährleisten.¹⁾

aa) Keine direkte Anwendung der Belehrungsvorschriften

Eine direkte Anwendung der Belehrungsvorschriften der StPO - vgl. §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163 a Abs. 3, 4 S. 2 - auf den Sachverständigen kann nicht zulässig sein; diese Vorschriften wenden sich allein an die zur Vernehmung autorisierten Strafverfolgungsorgane.²⁾ Der Sachverständige ist zu Vernehmungen - wie die bisherigen Ausführungen zweifelsfrei ergeben haben - nicht berechtigt.³⁾ Daraus kann andererseits - auch dies dürfte ernsthaft nicht zu bezweifeln sein - nicht der Schluß gezogen werden, eine Belehrung vor Tätigwerden des Sachverständigen könne ganz entfallen.⁴⁾

bb) Analogie des § 136 Abs. 1 S. 2?

Als Rechtsgrundlage kommt zunächst eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 in Betracht.

1) Ebenso Fincke, ZStW 1974, 656; Peters, JR 1969, 232 (233), der allerdings auch die hier abgelehnte Delegation auf den Sachverständigen für möglich hält.

2) vgl. BGH JR 1969, 231 (Urt.v.6.9.1968); zustimmend Peters a.a.O. (Anm. zu der zitierten BGH-Entscheidung); ders., Lehrbuch (S. 302); Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235)

3) vgl. oben Ausführungen S. 68 ff.

4) So aber Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136, Rdnr.3, der eine Belehrung deshalb nicht für erforderlich hält, weil der Beschuldigte beim Sachverständigen nicht erscheine, um Angaben über die Tat zu machen.

aaa) Kritik an Argumentation des BGH

Die Argumente, mit denen der BGH eine Analogie negiert, können letztlich nicht überzeugen.

(1) Kriterium der Unparteilichkeit

Zur Unparteilichkeit ist nicht nur der Sachverständige verpflichtet.¹⁾ Das deutsche Strafverfahren ist kein Parteienprozeß, es stehen sich also nicht - wie beispielsweise im angelsächsischen Strafprozeß - Ankläger und Verteidiger als Parteien gegenüber mit der Konsequenz einseitigen Ermitteln und Vorbringens. Eine Parteiherrschaft über den Entscheidungstoff - vergleichbar etwa der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß - ist unserem Strafprozeß fremd.²⁾ Er ist vielmehr auf die Wahrheitsfindung von Amts wegen angelegt. Dieser Ermittlungsgrundsatz gilt auch bereits im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren. Gemäß § 160 Abs. 2 ist die Staatsanwaltschaft - über § 163 auch die Polizei - verpflichtet, ihre Ermittlungen nicht nur hinsichtlich belastenden Materials, sondern auch hinsichtlich entlastender Umstände vorzunehmen. Somit läßt sich anhand des Kriteriums "Unparteilichkeit" kein Unterschied konstatieren, der einer Analogie im Wege stehen müßte.

Wenn demgegenüber geltend gemacht wird, in der Praxis werde ungeachtet obiger theoretischer Feststellungen dennoch weitgehend auf eine Überführung des Beschuldigten hin ermittelt, so mag dies im Einzelfall einmal zutreffen, man

1) So mit Recht Fincke, ZStW 1974, 656 (666/667)

2) vgl. etwa Wessels, JuS 1969, 1ff. m.w.N.

sollte sich allerdings hüten, eine entsprechende grundsätzliche Einstellung der Strafverfolgungsorgane zu unterstellen. Schließlich müssen diese - schon im Interesse der Allgemeinheit - als Träger des Anklagemonopols alles tun, um einen tatsächlich straffällig Gewordenen auch seiner Bestrafung zuzuführen.

Aber auch dann überzeugt es nicht, den Sachverständigen in einer anderen, "unparteiischen" Situation zu sehen, wird er doch auf Geheiß des so "parteiischen" Strafverfolgungsorgans tätig. Handelt es sich dann noch um einen ständig von den Strafverfolgungsorganen frequentierten Sachverständigen, so vermag es nicht einzu-leuchten, weshalb diesem gegenüber das Ver-trauen in seine Unparteilichkeit von vornherein größer sein sollte als gegenüber den Strafverfolgungsorganen, wenn man schon der Erfüllung der beiden gleichermaßen obliegenden gesetz-lichen Verpflichtung mißtraut.

Im übrigen weist Arzt nicht zu Unrecht darauf hin¹⁾, daß die vom BGH vorgenommene Abgrenzung zwischen dem Sachverständigen und den Strafverfolgungsorganen in diesem Punkt schon des-halb fragwürdig sei, weil die Sicherung der Beschuldigtenrechte nicht davon abhängen könne, ob jemand dem Beschuldigten als Strafverfolgungsorgan oder als in dessen Auftrag Handelnder gegenüberetrete.

(2) Beschränkung auf "bestimmte Fragen"

Auch "der Beschränkung des Sachverständigen auf "bestimmte" Fragen schließlich kommt keine Bedeutung zu."2)

1) Arzt, JZ 1969, 438

2) so Fincke, a.a.O., 667; vgl. dazu auch
FN 3) auf S. 195

Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß die Zielsetzung bei Vernehmung und Exploration unterschiedlich ist¹⁾, daß folglich - insoweit kann dem BGH akzediert werden - die Überführung des Täters nicht Aufgabe des Sachverständigen sein kann. Mögen die Antworten - von dem Sachverständigen unter anderer Zielsetzung erfragt - von ihm auch anders gewertet werden, so ist nicht auszuschließen, daß sie später von den Strafverfolgungsorganen in anderer Weise genutzt werden, daß dann die Überführung des Täters zwar ursprünglich nicht Aufgabe des Sachverständigen war, sie letztlich aber dennoch Ergebnis seiner Tätigkeit ist.

Man könnte allenfalls daran denken, in solchen Fällen ein Schweigerecht des Sachverständigen gelten zu lassen. Allerdings wurde bereits oben eruiert²⁾ mit welchen Unsicherheiten dies verbunden ist. Eine solche Lösung würde dem hohen Wert des Beschuldigtenrechts, nicht zur eigenen Überführung beitragen zu müssen, kaum gerecht werden können, zumal der Sachverständige sich bei der Erfragung solcher Fakten im Einzelfall innerhalb seines Auftrages würde bewegen können. Die vom BGH gegen eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 vorgebrachten Kriterien können folglich insgesamt nicht überzeugen.

bbb) Analogie im Hinblick auf analoge Anwendung des § 136 a?

Man könnte allerdings in Betracht ziehen, eine analoge Anwendung dieser Vorschrift damit zu begründen, daß aus der nach überwiegender Ansicht anerkannten Analogie des § 136 a auf die Tätigkeit des Sachverständigen auch auf eine

1) siehe S. 66

2) siehe S. 177 ff.

analoge Anwendbarkeit des § 136 Abs. 1 S. 2 geschlossen werden könnte.¹⁾

Der BGH bejaht eine Analogie des § 136 a mit der Argumentation, daß die Vorschrift sich nicht nur an den vernehmenden Richter wende. "Der Sachverständige ist Gehilfe des Gerichts. Was dem Richter verwehrt ist, das ist auch dem Richtergehilfen verboten."²⁾

Dieser Gedanke ist von Krafft in "konsequenter Weiterführung" ergänzt worden: "wozu der Richter verpflichtet ist, dazu ist auch sein "Gehilfe" verpflichtet."³⁾ Bereits an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, daß die Bejahung der Analogie einer Einzelvorschrift der StPO nicht auch eine solche anderer Vorschriften zur Folge haben muß oder gar den Sachverständigen zum Adressaten der gesamten Strafprozeßordnung machen muß.⁴⁾ Zwar dürfte der hinter der Argumentation Kraffts stehende Grundgedanke richtig sein, indes scheint der Ansatzpunkt falsch gewählt, der dann in der Weiterentwicklung zu einem meines Erachtens nicht haltbaren Ergebnis führt.

1) vgl. dazu Krafft, 21/22; Arzt a.a.O.

2) So BGHSt 11, 211 (212) (Urt.v.4.3.1958); zur Problematik der Gehilfenstellung des Sachverständigen vgl. Ausführungen S. 16 ff.

3) So Krafft a.a.O. (der allerdings die Einordnung als Richtergehilfe im Ergebnis ablehnt); auch Bauer, 121, sieht in der Gehilfenstellung des Sachverständigen einen Grund für eine analoge Anwendung. Desgleichen Hanack, JZ 1971, 168 (169), der die Entscheidung des BGH v. 6.9.1968 (=BGH JR 1969, 231) als verfehlt bezeichnet und die Anwendung des § 136 auch auf den Sachverständigen fordert, "so lange der BGH den Sachverständigen auch als Gehilfen des Richters versteht."

4) Fincke, a.a.O., 656 weist mit Besorgnis darauf hin, daß eine "mittlerweile herrschende Meinung ihn" - Anm. des Verf.: den Sachverständigen - "teilweise als Adressaten der StPO betrachtet."

Dem Grundgedanken des BGH, daß die in § 136 a
verbotenen Methoden auch dem Sachverständigen
letztlich verwehrt sein müssen, kann sicherlich
ernsthaft nicht widersprochen werden. Ob dies
nur auf dem Wege einer Analogie zu § 136 a
möglich ist, soll zunächst dahingestellt bleiben.
Darauf wird später im Zusammenhang einzugehen
sein.¹⁾ Bei der Weiterentwicklung dieses Ge-
dankens ist Krafft meines Erachtens aber von
einem nicht überzeugenden Ansatzpunkt ausge-
gangen, zumal er selbst ja die Einordnung des
Sachverständigen als "Richtergehilfe" ablehnt.²⁾
Entwickelt man den Gedanken weniger im Hinblick
auf die Personen als vielmehr auf deren Pflich-
tenkreis weiter, so ergäbe sich folgende Über-
legung: Ebenso wie der Sachverständige sich nur
innerhalb der dem Richter erlaubten Methoden
bewegen darf, muß er sich andererseits auch in
dessen Pflichtenkreis halten. Er darf also nur
befragen und explorieren, wenn zuvor belehrt
worden ist.

Die Konsequenz einer Belehrungspflicht für den
Sachverständigen in persona ergibt sich indes
nicht, folgt man dieser gedanklichen Weiter-
bildung. Vielmehr bietet sich die Überlegung
an, ob nicht die eigentlichen Adressaten der
§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163 a Abs. 3, 4 auch der
Pflicht nachkommen müssen, vor Tätigwerden des
Sachverständigen zu belehren. Damit ist einer
Analogie nicht jegliche Grundlage entzogen, es
bleibt allerdings die Möglichkeit, dieser Ver-

1) vgl. Ausführungen S.272 ff.

2) so Krafft a.a.O.

pflichtung auch auf andere Weise zu genügen.¹⁾

ccc) Möglichkeit der Analogie in Ansehung des StPÄG von 1964

Auch die Tatsache, daß der Gesetzgeber durch das StPÄG von 1964 ersichtlich ein umfassendes Belehrungssystem gegenüber dem Beschuldigten in allen Verfahrensstadien hat schaffen wollen,²⁾ eine Regelung für den Sachverständigen aber bekanntlich unterblieben ist, zwingt nicht zu einer analogen Anwendung. Zwar bietet sich bei einer Gesetzeslücke eine Analogie an; dies kann jedoch dann nicht gelten, wenn eine Regelung bewußt unterblieben ist, weil dann eine für die Analogie ebenfalls erforderliche Komparabilität mit bestehender gesetzlicher Regelung offensichtlich nicht gegeben ist.

Krafft meint, eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers sei nicht erkennbar.³⁾ Dem wird man beipflichten können. Auch wenn konzidiert werden muß, daß der Gesetzgeber eine entsprechende, Belehrungen erforderlich machende Entwicklung des Sachverständigenbeweises zwar nicht bei Schaffung der StPO, wohl aber bei späteren Änderungen, beispielsweise bei dem StPÄG von 1964 hätte erkennen können, so läßt sich daraus nicht der Schluß ziehen, eine Belehrung bei Tätigwerden des Sachverständigen

1) Krafft a.a.O., vertritt die Ansicht, dies könne nur durch analoge Anwendung des § 136 Abs.1 S.2 auf den Sachverständigen erreicht werden. "Eine Verpflichtung allein des die Untersuchung anordnenden Richters wird dem Sinn der Belehrungspflicht nicht gerecht." (S.23)

2) Darauf weisen etwa hin: Krafft, a.a.O.; Peters, JR 1969, 231; Fincke, ZStW 1974, 656 (665); Maase, DAR 1966, 44 (45)

3) Krafft a.a.O.

solle unterbleiben. Eine Analogie wäre unter diesem Gesichtspunkt wohl vertretbar.¹⁾

Dieses Ergebnis steht auch nicht in Widerspruch zu der hier vertretenen Ansicht, eine Belehrung solle durch die den Sachverständigen beauftragenden Strafverfolgungsorgane vorgenommen werden, denn auch unter dieser Prämisse konnte dem Gesetzgeber eine ausdrückliche gesetzliche Regelung durchaus als überflüssig erscheinen.²⁾

ddd) Ergebnis

Im Ergebnis muß eine Belehrungspflicht für den Sachverständigen in Analogie zu § 136 Abs. 1 S. 2 abgelehnt werden.

cc) Keine Änderung durch zusätzliche richterliche Belehrung

Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob man eine Belehrungspflicht des Sachverständigen allein analog § 136 Abs. 1 S. 2 in Erwägung zieht oder an eine Belehrungspflicht des Sachverständigen neben der des Strafverfolgungsorgans denkt. Auch einer solchen zusätzlichen Belehrung in entsprechender Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 kann nicht zugestimmt werden, da zunächst einmal die bereits explizierten Argumente auch insoweit ihre Berechtigung haben.

Darüber hinaus ist auch nicht einzusehen, wieso "eine Verpflichtung allein des die Untersuchung anordnenden Richters... dem Sinn der

-
- 1) Zu diesem Ergebnis ist Krafft a.a.O. dann ja auch gekommen; so wohl auch Bauer, 121
 - 2) Dahn-Wimmer, NJW 1960, 2217 (2221) bezeichnen es als "unbefriedigenden Zustand", daß eine ausdrückliche Belehrungspflicht gegenüber dem Beschuldigten nicht normiert sei.

Belehrungspflicht nicht gerecht" werden könnte.¹⁾ Auf seine Rechte als Beschuldigter auch gegenüber dem Sachverständigen wird dieser durch Richter oder Staatsanwalt hingewiesen. Daß er dann immer noch die "Tragweite der Fragen des Sachverständigen" nicht erkennen könnte oder er sich gar von dem Sachverständigen "getäuscht" fühlen könnte²⁾, vermag nicht recht einzuleuchten. Die Belehrungspflicht trifft doch grundsätzlich die Strafverfolgungsorgane, gerade weil der Gesetzgeber dadurch jene Eindringlichkeit am besten realisiert sieht, die mit einer Belehrung verbunden sein muß.

dd) Andere Betrachtungsmöglichkeit bei einmaliger Belehrung

Zu einem anderen Ergebnis könnte man dann kommen, wenn man an sich eine einmalige Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht genügen lassen wollte, ohne eine gesonderte, auf die Tätigkeit des Sachverständigen zugeschnittene Belehrung zu fordern, weil dann die oben genannten Anforderungen bereits mit der ersten Belehrung erfüllt wären.

aaa) Voraussetzungen

Dies ließe sich damit begründen, daß eine wiederholte Belehrung nach den einschlägigen Vorschriften (vgl. §§ 136 Abs.1 S.2; 163 a Abs.3, 4; 243 Abs.4 S.1) nur dann erforderlich wird, wenn dem Beschuldigten ein Angehöriger

1) vgl. FN 1) auf S. 205

2) Dies befürchtet indes Krafft a.a.O.

eines Strafverfolgungsorgans gegenübertritt. Streng genommen gehört der Sachverständige keiner dieser Gruppen an. Wenn man aber - wie oben dargelegt¹⁾ - die Berufung auf das Nicht-Vernehmen-Können als Rechtfertigung für das Nicht-Belehren-Müssen als reinen Formalismus signifiziert und als ungeeigneten Gesichtspunkt für eine Verneinung der Belehrungspflicht ansieht, so kann dieser Argumentation auch in diesem Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

bbb) Meinung des BGH

Den BGH wird man aber so verstehen müssen, daß ihm eine einmalige Belehrung genügt, da er in seiner Entscheidung vom 6.9.1968²⁾ nach Ablehnung analoger Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 auf den Sachverständigen konstatiert, daß der Beschuldigte zuvor bereits von Polizei und Ermittlungsrichter vernommen und dabei auch darüber belehrt worden sei, daß ihn keine Verpflichtung träfe, zur Sache auszusagen.

ccc) Kritik Peters'

Peters hat in seiner Anmerkung zu dieser BGH-Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen, daß eine einmalige Belehrung durch die Strafverfolgungsorgane dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen könne.³⁾

1) vgl. Ausführungen S. 199

2) BGH JR 1969, 231 (Urt.v. 6.9.1968)

3) vgl. Ausführungen S. 193 f.

ddd) Stellungnahme

(1) Erst-recht-Erfordernis beim Sachverständigen

Wenn schon eine einmal erfolgte Belehrung vor richterlicher oder staatsanwaltlicher Vernehmung eine spätere Belehrung vor erneuter Vernehmung durch ein anderes Strafverfolgungsorgan nicht entbehrlich macht¹⁾, so muß dies wohl erst recht gelten, wenn es sich im zweiten Fall um einen Sachverständigen handelt. Gerade wenn man die unterschiedliche Atmosphäre berücksichtigt und die Einstellung, mit der der zu Befragende den Strafverfolgungsbehörden einerseits, dem Sachverständigen andererseits entgegentritt, - darauf wurde schon im Zusammenhang mit dem Belehrungsbedürfnis hingewiesen²⁾ - muß man zu dem Ergebnis kommen, daß das Erfordernis erneuter Belehrung gegenüber dem Sachverständigen ungleich höher ist. Nicht jeder Beschuldigte wird ohne weiteres die Schlußfolgerung ziehen, wenn schon vor dem Richter oder Staatsanwalt eine Aussagepflicht nicht bestehe, dann doch erst recht nicht vor dem Sachverständigen.³⁾

1) vgl. Löwe-Rosenberg-Meyer-Goßner, § 163 a, Rdnr. 23; aA: Kleinknecht, § 163 a, Rdnr. 4, der bei der Polizei eine Ausnahme machen will, wenn zuvor bereits durch ein Strafverfolgungsorgan belehrt wurde. Zur Problematik mehrfacher Belehrung vor jeder neuen Vernehmung siehe auch Bauer, 133ff.; Eser, ZStW 1967, 565 (575)

2) vgl. Ausführungen S. 188 ff.

3) Auf die Gefahr einer solchen Unterstellung weist Bauer, 137, hin. Es sei keinesfalls von der Hand zu weisen, "daß sich der Beschuldigte trotz früher erfolgten Hinweises auf die Aussagefreiheit später zur Aussage verpflichtet hält." Dazu auch Eser a.a.O.; ebenso Arzt, JZ 1969, 438.

Wenn man von dem Regelfall des Rechtsunkundigen ausgeht, liegt ein derartiger Erst-recht-Schluß keineswegs auf der Hand, mag den halbwegs Rechtskundigen die Aussagefreiheit auch als eine "prozeßrechtliche Binsenwahrheit"¹⁾ erscheinen.

Der Ansicht des BGH in dieser Frage muß daher widersprochen werden. Die zitierte Entscheidung wird sich auch nicht so interpretieren lassen, daß der BGH lediglich auf die Unschädlichkeit der fehlenden Belehrung in dem zugrundeliegenden konkreten Fall hat hinweisen wollen. Einmal sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, worauf diese Annahme gestützt werden könnte - es sei denn auf den oben abgelehnten Erst-recht-Schluß, zum anderen hätte der BGH sich dann eben nicht damit begnügen dürfen, eine Belehrungspflicht analog § 136 Abs. 1 S. 2 für den Sachverständigen abzulehnen, sondern hätte auch eine solche durch die Strafverfolgungsorgane speziell für die Befragung durch den Sachverständigen in Erwägung ziehen müssen.

Eine einmalige Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht kann daher nicht für ausreichend erachtet werden. Bei gesonderter Belehrung über dieses Recht auch gegenüber dem Sachverständigen aber ist nicht einzusehen, warum eine Sicherung der Beschuldigtenrechte deshalb in Frage gestellt sein sollte, weil eben nicht oder nicht auch der Sachverständige die Belehrung vornimmt.

1) So Niese, ZStW 1951, 199 (219)

(2) Sonderstellung des Arztes

Wenn in diesem Zusammenhang auf die Sonderstellung des Arztes hingewiesen wird¹⁾, so kann dem entgegengehalten werden, daß eine Belehrung über das nicht bestehende ärztliche Schweigerecht allerdings von dem Sachverständigen verlangt werden muß. Dabei handelt es sich aber um eine der prozessualen Pflicht des § 136 Abs.1 S.2 nicht vergleichbare.²⁾

Daß die Verneinung einer analogen Anwendung des § 136 Abs.1 S.2 auf den Sachverständigen selbst nicht bedeutet, dieser könne ohne Belehrung tätig werden, wurde bereits oben ausdrücklich konstatiert.³⁾

(3) Bedenken gegenüber Peters

Auch die Ansicht von Peters⁴⁾, aus Zweckmäßigkeitserwägungen könne dem in ärztlicher Funktion

1) so Krafft a.a.O.

2) vgl. Peters, JR 1969, 232 (233), der darin eine Standespflicht sieht

3) vgl. oben S. 199
Dieser Ansicht ist aber offensichtlich der BGH in seiner Entscheidung vom 6.9.1968 (= JR 1969, 231), der eine andere Möglichkeit gar nicht in Erwägung zieht. Auch Kleinknecht kommt zu diesem Ergebnis bis zur 28. Aufl.- vgl. Schwarz-Kleinknecht, vor § 72, Anm. C a)-, da der Beschuldigte vor einer Untersuchung durch den Sachverständigen im Regelfall bereits durch ein Strafverfolgungsorgan vernommen und belehrt worden sei. Seit der 29. Auflage - vor § 72, Anm. Ca)- hält Kleinknecht eine Bitte des Auftraggebers an den Sachverständigen um Belehrung für zulässig und den Sachverständigen zur Belehrung "befugt"; vgl. vor § 72, Rdnr. 13 (34. Aufl.)

4) vgl. Peters a.a.O.

belehrungspflichtigen Sachverständigen dann auch gleich die prozessuale Belehrung mit übertragen werden, "sofern er dazu geeignet ist"¹⁾, kann nicht überzeugen. Die vielleicht zu bejahende Zweckmäßigkeit einer solchen Lösung in praxi darf nicht vergessen lassen, daß dem Sinn der Belehrungsvorschriften allein eine in angemessener äußerer Form durchgeführte Belehrung entspricht. Sie soll in einer Weise praktiziert werden, die dem Betroffenen eindringlich seine Rechte, bei Verzicht darauf auch seine Pflichten und eventuell aus deren Verletzung resultierende Folgen vor Augen führen soll. Es dürfte keine Geringschätzung gutachterlicher Fähigkeiten bedeuten, wenn man den juristisch Ausgebildeten für diese Aufgabe besser geeignet hält.²⁾ Und zwar ebenso auf Grund dieser Ausbildung als auch im Hinblick auf die Einstellung, die der Beschuldigte den Strafverfolgungsorganen im Unterschied zum Sachverständigen entgegenbringt. Die aufgezeigte Funktion einer Belehrung kann daher durch Richter oder Staatsanwalt besser erfüllt werden.

So hat der BGH - wenngleich zur Frage der Zeugenbelehrung - in seiner Entscheidung vom 1. Juni 1956⁴⁾ zu Recht konstatiert: "Die Art der Belehrung steht im Ermessen des Richters. Sie muß jedoch so klar sein, daß der Zeuge das Für und Wider seiner Entscheidung abwägen kann."

1) Peters a.a.O.

2) Auf das Kriterium der fehlenden Ausbildung im Strafprozeß stellte auch Kleinknecht ab, solange er eine Übertragung verneinte, vgl. dazu FN 3) auf S. 211

3) vgl. dazu Ausführungen S. 199 ff.

4) BGHSt 9, 195 (197) (Urt. v. 1.6.1956)

Konsequenterweise hat der BGH dann in dieser Entscheidung die Unzulässigkeit der Übertragung auf einen Dritten herausgestellt, "weil damit die vom Gesetz erstrebte Gewähr einer ordnungsgemäßen Belehrung entfallen würde."¹⁾

Ob der weitere Hinweis des BGH, es bedürfe keiner Entscheidung darüber, ob der Richter sich dennoch bei der Belehrung der Hilfe eines Dritten bedienen dürfe, so zu interpretieren ist, daß der Sachverständige möglicherweise Dritter in diesem Sinne sein könnte, muß bezweifelt werden. Außerdem scheint eine auch nur halbwegs exakte Grenzziehung zwischen unzulässiger Übertragung und zulässiger Hilfestellung unmöglich. Sie würde sich zumindest auf einem so schmalen Grat bewegen, der der Bedeutung der Belehrung nicht angemessen wäre. "Die vom Gesetz erstrebte Gewähr"²⁾ dürfte dann nicht mehr sichergestellt werden können.

Auch die Möglichkeit der Leitung des Sachverständigen im Rahmen des § 78³⁾ vermag ein anderes Ergebnis hier nicht zu rechtfertigen, da die entscheidende Handlung auch dann dem Sachverständigen überlassen bliebe. Daß Peters selbst in dieser Hinsicht nicht frei von Bedenken scheint, dokumentiert seine Einschränkung "sofern er dazu geeignet ist". Das Kriterium der vermuteten Eignung ist im übrigen wenig dienlich und würde nur zusätzliche Unsicherheit schaffen. Welche Kriterien sollten herangezogen werden, um die Eignung unter Beweis zu stellen?

1) So BGH a.a.O.

2) BGH a.a.O.

3) Damit begründet Bauer, 122, unter anderem seine Ansicht, auch dem Sachverständigen eine Belehrungspflicht aufzuerlegen.

Wer sollte im Falle zwar vermuteter, in concreto aber nicht vorhandener Eignung die daraus resultierenden Folgen zu verantworten haben? Diese Fragen mögen bereits aufzeigen, welche Unsicherheiten mit einer solchen Regelung verbunden sein könnten.

(4) Zustimmung zu Fincke

Fincke¹⁾ macht geltend, dem Sachverständigen als einem "Prozeßfremden" werde weitgehend "das Gespür und Verständnis für das prozessuale Spannungsverhältnis fehlen, da "sein Berufsethos auf ungeteilte Wahrheitsforschung und erfolgreiche Auftragserfüllung gerichtet" sei. Dies könnte sich in der Tat auch in der Art einer Belehrung niederschlagen, auch wenn der Sachverständige vom Gesetzgeber bekanntlich zur Unparteilichkeit verpflichtet ist.

Peters²⁾ begründet die Opportunität der Übertragung zusätzlich damit, daß es von vornherein nicht abzusehen sei, welche Personen der Sachverständige in concreto befragen werde. Bereits im Zusammenhang mit der Verneinung eigener Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen³⁾ wurde darauf hingewiesen, daß es nicht Aufgabe des Sachverständigen sein kann, eine Prozeßrolle zuzuweisen, was durch eine Belehrung erfolgen kann, im Regelfall sogar geschehen wird.⁴⁾ Die Zuweisung einer Prozeßrolle aber ist allein Sache der Strafverfolgungsorgane.

1) Fincke, ZStW 1974, 656 (671)

2) Peters a.a.O.

3) vgl. S. 65 ff.

4) So auch Fincke, a.a.O., 671/672

Zweckmäßigkeitserwägungen - ihre Berechtigung einmal unterstellt - können ein prozessual unbefriedigendes Ergebnis nicht tragen.¹⁾

Ob man so weit gehen will, Belehrungen durch einen Sachverständigen als "rechtsunwirksam" zu deklarieren²⁾, soll dahingestellt bleiben. Dies wäre letztlich wohl eine Frage der Verwertbarkeit der Aussage einer so "belehrten" Person. Jedenfalls stehen einer grundsätzlichen Übertragung der Belehrungspflicht rechtliche Bedenken entgegen, ohne daß sich andererseits ein unbedingtes Erfordernis konstatieren ließe.

Zur Frage der Zweckmäßigkeit bleibt noch festzustellen, daß sich auch durch eine getrennte Belehrung der Strafverfolgungsorgane bezüglich der prozessualen Rechte und des Sachverständigen bezüglich seiner besonderen Stellung im Hinblick auf die ansonsten berufsbedingte Schweigepflicht keine Schwierigkeiten ergeben sollten. So kann die Belehrung ohne weiteres im Zusammenhang mit der Bekanntmachung erfolgen, daß der Beschuldigte sich einer sachverständigen Untersuchung unterziehen müsse.³⁾ Es scheint angesichts des prozessualen Ablaufs kein Fall denkbar, in dem ein Beschuldigter vor Tätigwerden des Sachverständigen nicht zuvor Kontakt mit den Strafverfolgungsorganen hatte, anlässlich dessen er auch über seine Rechte gegenüber dem Sachverständigen belehrt werden könnte. Daraus allerdings die Überflüssigkeit einer Ausdehnung

1) Im Ergebnis auch Fincke a.a.O.

2) Cabanis, MMW 1967, 2234 (2235); auch Bauer, 111, sowie Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 Rdnr. 24 halten eine Übertragung der Belehrung durch den Richter auf den Sachverständigen für unzulässig.

3) so Peters a.a.O.

der gesetzlich geregelten Belehrungspflicht auf die Person des Sachverständigen herzuleiten¹⁾, kann nicht überzeugen. Eine solche Konsequenz würde auf den abgelehnten Erst-recht-Schluß hinauslaufen.

(5) Ergebnis

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß eine Belehrung durch Richter oder Staatsanwalt erforderlich ist, daß eine daneben bestehende des Sachverständigen weder rechtlich begründbar noch erforderlich ist und daß auch eine Delegation der den Strafverfolgungsorganen obliegenden Pflicht auf den Sachverständigen nicht zu vertreten ist.

Von dieser Pflicht bezüglich des Schweigerechts ist die des Sachverständigen zu unterscheiden, der als Arzt den Beschuldigten darauf aufmerksam zu machen hat, daß ihn in diesem Fall eine Schweigepflicht grundsätzlich nicht trifft.²⁾

3) Belehrungspflicht über Mitwirkungsfreiheit

Fraglich ist, ob daneben eine Pflicht besteht, den Beschuldigten ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß ihn auch keine aktive Mitwirkungspflicht bei der Exploration durch den Sachverständigen trifft.³⁾

1) So aber Kleinknecht bis zur 29. Aufl., vgl. FN 3) auf S. 211

2) Dazu wird oben - S. 186 - noch näher Stellung genommen

3) so etwa OLG Hamm, MDR 1974, 508 (509) (Beschl. v. 10.1.1974); Kleinknecht, vor § 72 Rdnr. 13; ders., § 81 a, Rdnr. 5; ders. NJW 1964, 2181 (2187 unter VII); KMR, § 81 a, Rdnr. 13; Eb. Schmidt, NJW 1962, 664; Dahs-Wimmer, NJW 1960, 2217 (2219); Maase, DAR 1966, 44; aa: OLG Köln, NJW 1962, 692 (Urt.v.17.10.1961)

a) Verhältnis zum Beschuldigtenschweigerecht

Dahs/Wimmer¹⁾ fordern nicht nur eine entsprechende Belehrung - die ihrer Meinung allerdings wie im Falle des Schweigerechts auch dem Sachverständigen obliegen sollte -, sondern auch eine dahingehende gesetzliche Regelung. Vertritt man - wie hier - die Ansicht, eine Belehrungspflicht treffe die Strafverfolgungsorgane, so muß das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung bezweifelt werden, wenngleich eine Klarstellung der Geltung des § 136 Abs. 1 S. 2 auch für "Vernehmungen" durch den Sachverständigen nicht schaden könnte. Zuzustimmen aber ist Dahs/Wimmer insoweit, als der Beschuldigte auch darüber informiert sein muß, daß er zu keinerlei aktiver Mitwirkung verpflichtet ist. Diese Mitwirkungsfreiheit besteht nicht nur dem Sachverständigen, sondern natürlich auch den Strafverfolgungsorganen gegenüber.²⁾ § 136 Abs. 1 S. 2 normiert indes nur eine Belehrungspflicht darüber, daß es dem Beschuldigten freistehe, sich zur Sache zu äußern oder zu schweigen. Auch die einschlägigen Kommentierungen zu § 136 gehen nur auf eine Aussage-, nicht daneben auch auf eine Mitwirkungsfreiheit ein.³⁾

Die gesetzliche Beschränkung könnte dadurch veranlaßt worden sein, daß der Gesetzgeber die Immanenz der Mitwirkungsfreiheit für selbstverständlich hielt, da ansonsten nur eine unvoll-

1) Dahs/Wimmer, a.a.O., 2221

2) vgl. Zitate unter FN 3) S. 216

3) vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136, Rdnr. 23, wenngleich darauf hingewiesen wird, "daß niemand verpflichtet ist, an seiner Strafverfolgung durch eigenes Tun mitzuwirken"; (Kleinknecht; KMR; Eb. Schmidt behandeln insgesamt die Frage der Mitwirkungsfreiheit i.Z.m. § 81 a, ohne auf die Belehrungspflicht i.R.d. § 136 ausdrücklich einzugehen).

kommene Sicherung der Beschuldigtenrechte gegeben wäre. Außerdem könnte eine zusätzliche Normierung deshalb für überflüssig erachtet worden sein, weil im Zusammenhang mit Vernehmungen keine anderen als verbale Mitwirkungen des Beschuldigten in Betracht zu kommen schienen.

Die einzige Ausnahme normiert § 81 a, in dem körperliche Untersuchungen des Beschuldigten unter bestimmten engen Voraussetzungen zugelassen sind; Untersuchungen, die eine Mitwirkung schon eher erforderlich machen könnten. Da diese aber auch ohne Einwilligung des Beschuldigten durchführbar sind, sofern man keine Nachteile für dessen Gesundheit befürchten muß, hat eine Belehrung über die Mitwirkungsfreiheit auch in diesem Zusammenhang keine Regelung gefunden. Allerdings bleibt festzustellen, daß der Beschuldigte auch im Rahmen des § 81 a immer nur zu einer bloßen Duldung solcher Untersuchungen verpflichtet ist, nicht aber zu einem aktiven Mitwirken.¹⁾ Auch insoweit bleibt es bei dem Grundsatz, daß aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten niemand verpflichtet sein kann, aktiv an seiner eigenen Überführung mitzuwirken. Man wird daher eine Belehrungspflicht der Strafverfolgungsorgane auch über diese Mitwirkungsfreiheit bejahen müssen.²⁾ Ob eine Eigenbelastung durch eine Aussage oder die Mitwirkung bei einem Test oder einer Exploration geschieht, kann schließlich keinen Unterschied machen.

1) vgl. etwa BayObLG, NJW 1963, 772 (Urt.v. 16.1.1963); OLG Hamm, NJW 1967, 1524 (Urt.v. 9.2.1967); OLG Hamm, MDR 1974, 508 (509) (Beschl.v.10.1.1974); Kleinknecht, § 81 a, Rdnr. 5; ders., NJW 1964, 2181 (2187); Eb. Schmidt, NJW 1962, 664 (665)

2) So Maase, DAR 1966, 44 (45), der an eine entsprechende Nicht-Belehrung auch ein Verwertungsverbot geknüpft wissen will.

b) Meinung des OLG Hamm

Demgegenüber vertritt das OLG Hamm die Ansicht¹⁾, jeder wisse, daß spezielle Tests im Zusammenhang mit einer Blutprobe "nicht unmittelbar erzwungen werden können," und sieht den Grund für eine etwaige Mitwirkung nicht in der irrigen Annahme einer Rechtspflicht, sondern in dem Bestreben und der Hoffnung, dadurch einen günstigen Eindruck hinterlassen zu können. Im Interesse der Wahrheitsfindung sei daher eine "Benutzung solcher Vorstellungen des Beschuldigten" nicht zu beanstanden.²⁾ Zwar geht es in dem der Entscheidung des OLG Hamm zugrundeliegenden Sachverhalt in erster Linie um die Frage der Verwertbarkeit eines ohne Hinweis gewonnenen Testergebnisses, nicht um die grundsätzliche Frage der Belehrungspflicht, indes muß diese Entscheidung wohl so interpretiert werden, daß eine entsprechende Belehrungspflicht eben nicht für erforderlich gehalten wird. "Die Vorschriften der §§ 136 und 163 a schreiben eine Belehrungspflicht ausdrücklich nur bei Vernehmungen und nur für die Ermittlungsorgane und den Richter, nicht aber für den Sachverständigen und den die Blutprobe entnehmenden Arzt vor."³⁾

1) OLG Hamm, NJW 1967, 1524 (Urt.v.9.2.1967); ebenso wohl Kleinknecht, § 81 a, Rdnr. 5; Messmer, DAR 1966, 153

2) Ebenso Eb. Schmidt a.a.O., unter Ablehnung der Ansicht von Dabs-Wimmer, NJW 1960, 2217

3) So OLG Hamm a.a.O.

c) Stellungnahme

Mit dieser Stellungnahme befindet sich das OLG Hamm im Einklang mit der BGH-Meinung zur Belehrung über das Beschuldigten-Schweigerecht.¹⁾ Andererseits hat der BGH²⁾ im Zusammenhang mit der Zeugenbelehrung die Ansicht vertreten, eine Belehrung über das Untersuchungsverweigerungsrecht sei nicht deshalb überflüssig, weil der Betroffene bereits über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 belehrt worden sei, da schon die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht selbst bei jeder Vernehmung zu wiederholen sei.³⁾

Während der BGH vom Beschuldigten also offenkundig erwartet, daß er nach einer einmaligen Belehrung über sein Schweigerecht auch darüber informiert ist, daß er vor dem Sachverständigen nicht aussagen und durch nichts zu seiner eigenen Überführung beitragen muß, wird die Kenntnis des über das Zeugnisverweigerungsrecht Belehrten auch über sein Untersuchungsverweigerungsrecht nicht vorausgesetzt. Zwar ist zuzugeben, daß die erste Schlußfolgerung für den Beschuldigten vielleicht näher liegt als die zweite für den Zeugen und daß dem Beschuldigten im Interesse der Wahrheitsfindung eben mehr zugemutet wird als dem unverdächtigen Zeugen, dennoch bleiben Bedenken, die es rechtfertigen sollten, eine Belehrung auch über die Mitwirkungsfreiheit zu fordern.⁴⁾

In der Praxis dürfte die Unterscheidung weitgehend von untergeordneter Bedeutung sein, da beide Punkte im Regelfall Gegenstand einer

1) vgl. oben S. 192

2) so BGH JR 1960, 225 (226) (Urt.v.14.10.1959)

3) so auch schon RGSt 2, 192 (Urt.v. 5.7.1880)

4) vgl. FN 3) auf S. 216

Belehrung sein werden. Die Frage, ob hinsichtlich der Verwertbarkeit eine Differenzierung dann begründet ist, wenn wenigstens über das Schweigerecht, nicht aber ausdrücklich auch über die Mitwirkungsfreiheit belehrt worden ist, wird später im Zusammenhang zu erörtern sein.

4) Belehrungspflicht beim Untersuchungsverweigerungsrecht des Zeugen

a) Einführung

Wie zur Frage der Belehrung des Beschuldigten, so werden auch zu der des Zeugen konträre Meinungen vertreten.

Da in dieser Arbeit die Zulässigkeit eigener Fragen des Sachverständigen auch zur Sache in begrenztem Umfang bejaht wird, ist zunächst insbesondere eine etwaige Belehrung des Zeugen über ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zu erörtern, §§ 52, 55. Wenn dennoch der Punkt einer Belehrung gemäß § 81 c an den Anfang gestellt wird, so deshalb, weil in § 81 c eine Belehrung im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Sachverständigen normiert ist und sich die dazu angestellten Überlegungen auf die übrigen Belehrungsfragen auswirken könnten.

b) Regelung des § 81 c Abs. 3 StPO

Daß ein Zeuge, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und der deshalb Untersuchungen und Entnahmen von Blutproben gemäß § 81 c Abs. 3 S. 1 verweigern darf, über dieses Recht belehrt werden muß, ergibt sich seit Neufassung des § 81 c aus Abs. 3 S. 2, 2. HS. Dort ist auf die entsprechende Anwendung des § 52 Abs. 3 ver-

wiesen, in dem die Belehrungspflicht normiert ist.¹⁾ Die früher herrschende Meinung nahm allerdings auch während der Geltung des § 81 c a.F., in dem lediglich reglementiert war, daß die Untersuchung aus den gleichen Gründen wie das Zeugnis verweigert werden konnte, eine darin enthaltene Verweisung auf die Belehrungspflicht des § 52 Abs. 2 S. 1 a.F. an.²⁾

- c) Belehrungserfordernis über gesetzliche Regelung hinaus?

Konträre Meinungen bestehen im Hinblick auf § 81 c noch insoweit, ob eine Belehrung von Personen mit Zeugnisverweigerungsrecht auch bezüglich des Rechts besteht, solche Untersuchungen verweigern zu können, die zu dulden der Zeuge nach Maßgabe des § 81 c nicht verpflichtet ist, bzw. ob eine solche Belehrung auf alle Personen unabhängig von einem bestehenden Zeugnisverweigerungsrecht ausgedehnt werden muß. Dieser Punkt ist wegen der zunehmenden Zuziehung von Sachverständigen für Glaubwürdigkeitsprüfungen besonders relevant geworden.

- aa) Meinung des BGH

Der BGH³⁾ bejaht eine grundsätzliche Belehrungspflicht gegenüber Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht nicht nur bei den in § 81 c genannten,

1) vgl. dazu etwa Löwe-Rosenberg-Meyer, § 81 c, Rdnr. 33

2) So etwa BGHSt 12, 235 (Beschl.v.8.12.1958); BGHSt 23, 1 (Urt.v.13.5.1969); Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22. Aufl., § 81 c, Anm. 9; Peters, Handbuch, 768 (771); Bockelmann, GA 1955,321; Eb. Schmidt, LK Teil II, § 81 c Rdnr. 7; Schwarz-Kleinknecht, 25. Aufl., § 81c, Anm.6

3) BGHSt 13, 394 (398/399) (Urt.v.14.10.1959); im Anschluß daran BGH 5 StR 83/68 (Urt.v.7.5.1968); ebenso BGHSt 14,21 (Urt.v.11.11.1959); BGH NJW 1958, 268(269) (Urt.v.10.10.1957) unter Fortbildung der Entscheidung v. 15.1.1952 (= BGHSt 2, 99)

sondern auch bei sonstigen Untersuchungen, weniggleich für diese, da außerhalb der Zeugenpflicht liegend, an sich nicht Abs. 3 des § 81 c gelten könne und damit Belehrungspflicht bestünde. "Da § 81 c StPO bei den Untersuchungen, die zu dulden an sich Pflicht ist, die Belehrung vorschreibt, wäre es wenig sinnvoll, sie bei sonstigen Untersuchungen nicht zu fordern."¹⁾

Der BGH begründet diese Ansicht überzeugend mit Sinn und Zweck der Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht. Der Gesetzgeber wolle damit erreichen, daß niemand zu einem beweiskräftigen Verhalten veranlaßt werde gegenüber einer Person, zu der er in einem bestimmten verwandtschaftlichen Verhältnis stehe, ohne daß ihm die daraus resultierende Konfliktsituation nachdrücklich vor Augen geführt worden sei.²⁾ Es ist evident, daß diese Konfliktsituation unabhängig von der jeweiligen Art der Untersuchung besteht, da sie eben nur an die Existenz einer besonderen persönlichen Beziehung anknüpft.

Zur Person des Belehrungspflichtigen hat der BGH in der angeführten Entscheidung³⁾ nicht Stellung genommen. In seiner unveröffentlichten Entscheidung vom 7.5.68⁴⁾ weist der BGH allerdings darauf hin, daß "von einem Richter " über das Untersuchungsverweigerungsrecht belehrt werden müsse. Dieses Erfordernis richterlicher

1) BGHSt 13, 394 (399); daß der BGH damit die Belehrung vor Erfragung sogenannter Befundtatsachen meint, soll an anderer Stelle - vgl. S. 250 ff - näher erörtert werden

2) BGH a.a.O.

3) BGH a.a.O.

4) BGH 5 StR 83/68 (Urt.v.7.5.1968), S. 4 der Urteilsgründe

Belehrung hat der BGH an anderer Stelle¹⁾ damit begründet, daß nur auf diese Weise eine prozeßordnungsgemäße eindeutige Darlegung der jeweiligen Konfliktsituation, eine Verdeutlichung des Zeugnisverweigerungsrechts und der Tragweite für den ungeachtet dessen Handelnden gewährleistet werden könne.

Die Frage einer allgemeinen Belehrungspflicht darüber, daß der Zeuge eine Untersuchung auf Glaubwürdigkeit oder Geisteszustand nicht zu dulden verpflichtet ist, hat der BGH durch oben genannte Entscheidung²⁾ dahingehend dezidiert, daß im Grundsatz dann keine Belehrungspflicht bestehe, wenn es nicht um die Erfüllung einer Zeugenpflicht gehe - mit der oben erörterten Ausnahme beim Zeugnisverweigerungsberechtigten. Eine allgemeine Belehrungspflicht gegenüber Zeugen ohne Zeugnisverweigerungsrecht wird vom BGH somit abgelehnt.

Zur Belehrungspflicht über ein Zeugnisverweigerungsrecht vor eigenen Befragungen durch den Sachverständigen auch zur Sache unabhängig von Untersuchungen im Sinne des § 81 c bzw. Glaubwürdigkeitsuntersuchungen hat der BGH nicht ausdrücklich Stellung genommen. Unter Berücksichtigung der Kriterien, die den BGH letztlich zur Bejahung einer Belehrungspflicht auch bei nicht unter § 81 c zu normierenden Untersuchungen bewogen haben, wird man davon ausgehen können, daß der BGH auch diesbezüglich eine Belehrungspflicht annehmen würde, unterstellt, er ließe derartige Befragungen über § 80 hinaus zu, was angesichts der oben gemachten Ausführungen indes nicht uneingeschränkt angenommen werden kann.

1) vgl. BGHSt 9, 195 (197) (Urt.v.1.6.1956)

2) vgl. BGHSt 13, 394 (Urt.v.14.10.1959)

bb) Literaturmeinungen

In der Literatur ist die Meinung des BGH differenziert behandelt, überwiegend allerdings abgelehnt worden.

aaa) Heinitz

In Anmerkung zu der grundlegenden Entscheidung BGHSt 13, 394¹⁾ hat zunächst Heinitz zu der Problematik detailliert Stellung genommen²⁾. Im Ergebnis akzediert Heinitz, daß eine allgemeine Rechtspflicht des Richters oder Sachverständigen, den Zeugen oder seinen Vertreter auf die Freiwilligkeit der Glaubwürdigkeitsuntersuchung hinzuweisen, nicht bestehe³⁾, daß der BGH vielmehr zu Recht eine Belehrungspflicht auf die Gruppe der Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht beschränke. Wollte man eine allgemeine Pflicht annehmen, müsse konsequenterweise auch ein Verwertungsverbot bei Unterlassen der Belehrung angenommen werden. Dann aber werde "die Strafrechtspflege über Gebühr beeinträchtigt."⁴⁾ Heinitz konzidiert allerdings, daß eine solche Differenzierung Unbehagen hervorrufen könne, weil sich grundsätzlich alle Zeugen in derselben Position befänden, nämlich zur Duldung der außerhalb des § 81 liegenden Untersuchungen nicht verpflichtet zu sein. Später hat Heinitz - möglicherweise unter diesem Aspekt - seine Ansicht geändert und eine Belehrungspflicht bejaht, "auch wenn es sich nicht

1) BGH a.a.O. (= BGH JR 1960, 225)

2) Heinitz JR 1960, 226 (als Anm. zu der unter 1) zitierten Entscheidung)

3) Heinitz a.a.O., 228

4) Heinitz a.a.O.

um Angehörige des Beschuldigten gemäß § 52 StPO handelt."¹⁾ Eine eigene Begründung für den Meinungswandel findet sich bei Heinitz nicht.²⁾

bbb) Peters

Peters³⁾ postuliert eine allgemeine Belehrung über die Freiwilligkeit, sich der Untersuchung zu unterziehen, da nur dann eine Entscheidung wirklich freiwillig sein könne. Peters begründet seine Ansicht mit der allgemein verbreiteten, irrigen Meinung in der Bevölkerung, gerichtlichen Aufforderungen gleich welcher Form nachkommen zu müssen. Ein nobile officium zur Belehrung lehnt Peters als rechtlich unverbindlich und daher keinen effektiven Schutz bedeutend ab.

ccc) Krafft

Krafft⁴⁾ bejaht zunächst eine Belehrungspflicht für den die Untersuchung anordnenden Richter über ein etwaiges Untersuchungsverweigerungsrecht analog § 52. Darüber hinaus aber hält auch er eine allgemeine Belehrungspflicht für erforderlich, um "eine befriedigende und verfahrensrechtlich einwandfreie Lösung" zu erreichen.⁵⁾ Nur dann hält er - ähnlich wie Peters - eine wirkliche Freiwilligkeit für gegeben, wie § 81 a sie fordere.

1) vgl. Heinitz, Festschrift, 693 (700)

2) Er stellt lediglich fest - a.a.O., FN 21-: "An der von mir JR 1960, S.225 geäußerten gegenteiligen Ansicht halte ich nicht fest."

3) Peters, Handbuch, 768, 786

4) Krafft, 72

5) Krafft, 73

ddd) Panhuysen

Panhuysen lehnt im Unterschied dazu nicht nur eine allgemeine Belehrungspflicht ab, sie will auch eine diesbezügliche Sonderstellung der Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht nicht gelten lassen, geht also insoweit über die Ansicht des BGH noch hinaus.¹⁾ Panhuysen begründet ihre Meinung damit, daß eine Belehrungspflicht allenfalls auf analoge Anwendung der §§ 52 Abs. 2, 55 gestützt werden könnte. Dies sei aber deshalb nicht möglich, weil das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme, welches den genannten Regelungen zugrundeliege, bei den Glaubwürdigkeitsuntersuchungen ein anderes sei. Während grundsätzlich jeder Zeuge aussagepflichtig sei, die §§ 52, 55 davon Ausnahmen normierten, sei bei der Glaubwürdigkeitsprüfung niemand duldungspflichtig, Ausnahmen könnten nur auf dem Wege der Einwilligung gemacht werden.²⁾

"Wer aber überhaupt nicht verpflichtet ist, braucht auch auf keine besonderen Weigerungsgründe hingewiesen zu werden."³⁾ Dies gelte gleichermaßen für Zeugen mit und ohne Zeugnisverweigerungsrecht.

Im Ergebnis aber will Panhuysen dennoch vermeiden, daß der Zeuge möglicherweise unbelehrt bliebe. Da auch sie angesichts des Gesetzeswortlautes einen Hinweis auf die Freiwilligkeit der Untersuchung für erforderlich hält, "hat

1) Panhuysen, 83 ff.; sie wendet sich dabei gegen die Entscheidung BGHSt 13, 394 (Urt.v.14.10.1959) und BGHSt 14, 21 (Urt.v.11.11.1959)

2) Panhuysen, 83

3) Panhuysen, 83/84

der Richter oder Staatsanwalt den Zeugen zu fragen, ob er bereit sei, sich durch den Psychologen oder Psychiater untersuchen zu lassen."¹⁾ Dabei müsse sich aus der Form der Fragestellung für den Zeugen eindeutig zu erkennen geben, daß er hinsichtlich der Duldung der Untersuchung völlige Freiheit genieße. Insbesondere dürfe der Zeuge keinesfalls in dem Irrtum belassen werden, er sei verpflichtet, die Untersuchung über sich ergehen zu lassen.²⁾ Panhuysen sieht ihre Meinung noch durch den Umstand bestätigt, daß nach überwiegender Ansicht auch Staatsanwaltschaft und Polizei bei Zeugenvernehmungen keine Belehrungspflicht treffe, was eben darauf zurückzuführen sei, daß auch vor ihnen niemand zu einer Aussage verpflichtet sei.³⁾

Ohne bereits an dieser Stelle eine Würdigung der unterschiedlichen Argumente vorwegnehmen zu wollen, kann konstatiert werden, daß durch Novellierungen diese Argumentation in ihr Gegenteil verkehrt worden ist. Gemäß § 163 a Abs. 5⁴⁾ sind die §§ 52 Abs. 3, 55 Abs. 2, 81 c Abs. 3 S. 2 in Verbindung mit §§ 52 Abs. 3, 136 a entsprechend anzuwenden. Danach muß also auch vor polizeilicher Vernehmung eine Belehrung erfolgen, obgleich eine Aussagepflicht vor der Polizei auch nach Einführung des § 161 a - Aussagepflicht vor der Staatsanwaltschaft - nicht besteht.⁵⁾

1) so Panhuysen, 81

2) vgl. Panhuysen, 81/82

3) Panhuysen, 83/84

4) Die Änderung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG v. 19.12.1964 (BGBl. Teil I, 1057)

5) so z.B. Löwe-Rosenberg-Meyer-Goßner, § 161 a, Rdnr. 5; Kohlhaas, ZRP 1974, 7 (8); Eb. Schmidt, DRiZ 1971, 77; Welp, Recht und Staat 1976, 51 ist allerdings der Ansicht, langfristig könne man auch der Polizei die in § 161 a gegebenen Möglichkeiten nicht vorenthalten.

Dieser Belehrungspflicht liegt demzufolge das von Panhuysen als Ablehnungsgrund gegen eine Analogie herangezogene Regel-Ausnahme-Verhältnis auch nicht zugrunde. Damit ist diesem Argument Panhuysens die Grundlage entzogen, da die StPO also auch da eine Belehrungspflicht normiert hat, wo grundsätzlich zur Aussage keine gesetzliche Verpflichtung besteht.

eee) Wüst

Wüst¹⁾ verneint wie Panhuysen eine Belehrungspflicht auch gegenüber Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht, fordert aber ebenfalls eine vorherige Klärung der Frage der Einwilligung durch den Richter. Diese könne nicht stillschweigend vorausgesetzt werden.²⁾ Ein nobile officium wird als unzureichender Schutz abgelehnt.

fff) Zusammenfassung

Im Ergebnis wird in der Literatur eine Belehrungspflicht bei Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht überwiegend bejaht³⁾, eine allgemeine Belehrungspflicht gegenüber Zeugen indes verneint und allenfalls ein nobile

1) Wüst, 59

2) Darauf weist auch Panhuysen, 82, ausdrücklich hin.

3) so z.B. Krafft, 71/72; Heinitz a.a.O.; Peters a.a.O.

officium angenommen.¹⁾

cc) Stellungnahme

Meines Erachtens kann allein mit der Bejahung einer allgemeinen Belehrungspflicht eine befriedigende Lösung erreicht werden.²⁾

aaa) Nicht-Voraussetzbarkeit rechtlicher Kenntnisse

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß man bei einem Rechtsunkundigen - daraus dürfte sich der Kreis der Betroffenen zum größten Teil rekrutieren - das Wissen um bestehende oder nicht bestehende rechtliche Verpflichtungen kaum wird voraussetzen können; es wurde ferner darauf hingewiesen, daß die Annahme einer Duldungspflicht gegenüber dem Sachverständigen nahe liegt. Wenn aber der Gesetzgeber eine solche Pflicht nicht normiert hat bei Untersuchungen, die nicht dem § 81 c unterfallen, er diese vielmehr expressis verbis von einer Einwilligung des Betroffenen abhängig macht, so wird dieser gesetzlich geforderte Grundsatz nur dann nicht ad absurdum geführt, wenn der Betroffene zuvor

1) vgl. etwa Bockelmann, GA 1955, 321 (333); Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (359); Blau weist auf das lobenswerte Beispiel der Jugendschutzkammer des LG Hannover hin, die den Eltern eines künftig auf Glaubwürdigkeit zu untersuchenden Kindes ein Formblatt zusen- den, durch das unter anderem auch auf die Freiwilligkeit dieser Untersuchung hingewie- sen wird; ferner Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22. Aufl., § 80, Anm. 3a; (Meyer-23. Aufl. - geht auf diese Frage ausdrücklich nicht ein); wohl auch Ligges, 59 (FN 182); zustimmend - wenigstens in Einzelfällen - Schuster, 91; aA: Peters, Krafft, vgl. Ausführungen S.

2) ebenso Schuster, 73; Peters, Handbuch, 768 (786/787) der sich dabei auf das von Blau- FN 1) oben-angeführte Beispiel bezieht, im Ergebnis allerdings sich von Blau unterscheidet, da dieser ein nobile officium annimmt. Ferner Löwe-Rosenberg-Sarstedt a.a.O.; Heinitz, Festschrift, 693 (700)

darüber belehrt wird. "Solange einem Betroffen-
nen nicht bekannt ist, ob er einer Aufforderung
entsprechen muß oder nicht, ob er sich einer
Maßnahme unterziehen muß oder nicht, kann von
Freiwilligkeit keine Rede sein."¹⁾

bbb) Vergleich mit materiell-rechtlicher Einwilli-
gung

Zieht man in diesem Zusammenhang einmal die
im materiellen Strafrecht bezüglich einer
Einwilligung geltenden Grundsätze heran, - ange-
sichts der gleichermaßen bestehenden Bedeutung
der Einwilligung als Verzicht auf ein zustehen-
des Recht können im materiellen und im prozessu-
alen Recht nicht grundsätzlich unterschiedliche
Maßstäbe angelegt werden - so ist unter anderem
erforderlich, daß die Einwilligung nach außen
erkennbar zum Ausdruck gekommen sein muß.²⁾

Daß dies schon in dem Erscheinen des unbelehrt
Gebliebenen vor dem Sachverständigen zu sehen
sein sollte, muß abgelehnt werden.³⁾ Eine dahin-
gehende Folgerung würde einen Umstand unterstel-
len, der schon in der irrigen Annahme begründet
sein könnte, zumindest erscheinungspflichtig zu
sein.

Hinzu kommt, daß die Einwilligung frei und
unbeeinflußt von Willensmängeln abgegeben werden

1) So mit Recht Peters, a.a.O., 786

2) vgl. etwa Schönke-Schröder, Vorbem. 43 vor
§§ 32ff. m.w.N.

3) so mit Recht Panhuysen, 87; Peters, Handbuch,
768 (786), der dabei dem BGH - Entscheidung
v.14.10.1959 (= BGHSt 13, 394, 398) - wider-
spricht, der vom Vorliegen einer Einwilligung
in einem solchen Fall ausgehe; dies ist
meines Erachtens der genannten Entscheidung
allerdings nicht zu entnehmen. Der BGH -
a.a.O. - stellt nämlich fest: "Ob Helga
wirksam eingewilligt hat, kann dahingestellt
bleiben."

muß.¹⁾ Ein möglicher Irrtum bezüglich der Pflichtigkeit und das Aufrechterhalten eines solchen Irrtums - gleichgültig ob bewußt oder unbewußt - würde nicht nur "mit der Würde der Rechtspflege nicht vereinbar"²⁾ sein, sondern würde meines Erachtens die Wirksamkeit einer solchermaßen erlangten "Einwilligung" entfallen lassen.

ccc) Kritik an Panhuysen

Dem kann auch nicht - mit Panhuysen - überzeugend entgegengehalten werden, wer überhaupt nicht verpflichtet sei, brauche auch nicht auf bestimmte Weigerungsgründe hingewiesen zu werden.³⁾ Ob sich ein Umstand juristisch als Ausnahmerecht gegenüber einer bestehenden Pflicht darstellt oder als grundsätzliches Recht bei nicht bestehender Verpflichtung, wird für einen Rechtsunkundigen keinen Unterschied machen. Für ihn ist allein die tatsächliche Unkenntnis entscheidend, die in beiden Alternativen gleich ist. Das Wissen um nicht gegebene Pflichten vorzusetzen, hieße doch wohl, die größere Rechtskundigkeit zu privilegieren. Dies würde - wie Peters zu Recht feststellt⁴⁾ - zu einer "ungleichen Behandlung verschiedener Gesellschaftsgruppen" führen. Dies kann aber nicht im

1) So auch BGHSt 16, 309 (Urt.v.1.2.1961); OLG Oldenburg, NJW 1966, 2132 (2133) (Urt.v.30.8.1966); siehe auch Schönke-Schröder, Vorbem. 45ff. vor §§ 32ff.

2) so Peters a.a.O., 787

3) vgl.FN

4) Peters, a.a.O., 786

Interesse der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit liegen und das Vertrauen der Bürger darin nicht fördern.

Es wurde bereits darauf hingewiesen¹⁾, daß der Berufung Panhuysens auf den Gesetzgeber, der bei Nicht-Pflichtigkeit auch keine Belehrung normiert habe, durch gesetzliche Neuregelungen die gesetzliche Grundlage entzogen worden ist. Ob eine solche Regelung im Interesse der Wahrheitsfindung liegen würde, soll dahingestellt bleiben, denn diese darf jedenfalls nicht um jeden Preis intendiert werden. Wenn Panhuysen befürchtet, der Zeuge könne sich bei einer Belehrung bevormundet fühlen²⁾, so überzeugt dieser Gesichtspunkt meines Erachtens noch weniger. Sollte tatsächlich der eine oder andere die Sicherung seiner Rechte in dieser Weise verkennen und als Bevormundung empfinden, so dürfte es eher legitim sein, dies hinzunehmen, als den Großteil der Unwissenden über ihre Rechte im unklaren zu lassen.

Es soll hier nicht unberücksichtigt bleiben, daß diese Konsequenz letztlich auch von Panhuysen vermieden werden will.³⁾ Der Zeuge soll ja auch ihrer Meinung nach keinesfalls in dem Irrtum belassen werden, er sei verpflichtet, die Untersuchung über sich ergehen zu lassen.⁴⁾ Es fragt sich indes, wie ein solcher Irrtum besser vermieden werden könnte als durch eine entsprechende Belehrung. Es fragt sich ferner, worin letztlich der Unterschied zwischen einer Belehrung und einer eindringlichen Aufklärung über die Freiwilligkeit liegen soll.

1) vgl. Ausführungen S. 228

2) Panhuysen, 84

3) vgl. Ausführungen S. 227/228

4) siehe FN 1) auf S. 228

Gerade wenn man wie Panhuysen eine Doppelfunktion der Glaubwürdigkeitsuntersuchung annimmt,¹⁾ sollte angesichts der Tragweite einer Zeugenentscheidung allein eine Belehrungspflicht angemessen sein.

ddd) Bedenken gegenüber Heinitz

Zu einer anderen rechtlichen Bewertung vermag man auch nicht mit der Begründung zu kommen, in einem sozialen Rechtsstaat müsse der Einzelne an den Aufgaben der Allgemeinheit partizipieren.²⁾ Daß der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit auch Opfer bringen muß, dürfte nicht ernsthaft bezweifelt werden. Aber diese Opfer müssen natürlich dort ihre Grenze finden, wo schützenswerte und vom Gesetz auch geschützte Interessen auf dem Spiel stehen. Darin eine unangemessene Beeinträchtigung der Strafrechtspflege zu sehen, weil man bei unterlassener Belehrung konsequenterweise ein Verwertungsverbot annehmen müsse³⁾, überzeugt nicht. Meines Erachtens könnte darin eher eine unangemessene Beeinträchtigung der Rechte unverdächtigter Bürger liegen. Schließlich will das Zeugnisverweigerungsrecht nicht den Beschuldigten begünstigen - mag es diese Konsequenz auch im Einzelfall nach sich ziehen -, sondern auf die Zwangslage Angehöriger Rücksicht nehmen.⁴⁾ Zudem geht Heinitz bei seiner Argumentation von der Prämisse aus, daß jedem Verstoß ein Verwertungsver-

1) Panhuysen, 82, bezieht sich insoweit auf Niese (ZStW 1951, 199), der die doppelte Funktion einer Glaubwürdigkeitsuntersuchung einmal in der Auswirkung auf den Prozeß, zum anderen im Hinblick auf die allgemeine gesellschaftliche Stellung sieht.

2) So aber Heinitz, JR 1960, 226(227) in Anm. zu BGH JR 1960, 225, als er noch die allgemeine Belehrungspflicht verneinte.

3) Heinitz a.a.O.

4) vgl. RGSt 19, 364 (366) (Urt.v.8.7.1889)

bot folgen müsse, was nicht unumstritten ist.¹⁾ Gerade auch im Hinblick auf die Doppelfunktion von psychologischen Untersuchungen²⁾, die sich nicht nur im prozessualen, sondern auch im gesellschaftlichen Bereich auswirken können, muß die oben aufgezeigte Grenze Berücksichtigung finden.

Die dargelegten Gründe rechtfertigen es meines Erachtens nicht nur, eine allgemeine Belehrungspflicht über die Freiwilligkeit der Mitwirkung bei den genannten Untersuchungen anzunehmen, sie machen eine solche Belehrungspflicht sogar erforderlich.

eee) Forderungen im Hinblick auf das StPÄG von 1964

Zu Recht weist Peters³⁾ darauf hin, daß spätestens mit dem StPÄG von 1964 "ein umfassendes Belehrungssystem gegenüber dem Beschuldigten und seinen Angehörigen" geschaffen werden sollte. Die Forderung nach umfassendem Schutz kann aber nicht nur für diese Personen gelten. Auch gegenüber anderen Zeugen muß eine lückenlose Belehrung gewährleistet sein. Schließlich verweist § 136 a auch auf das Aussageverweigerungsrecht des § 55. Die Strafverfolgungsorgane haben die Pflicht zu solch umfassender Belehrung. Sie haben sie auch oder erst recht bei Tätigwerden des Sachverständigen. "Es wäre seltsam, wenn dort, wo der Sachverständige Angehörige vernimmt, das Belehrungssystem durchbrochen sein sollte."⁴⁾ Eine nobile officium nützt dem Betroffenen zu wenig, da daraus natürlich keine rechtliche Pflicht resultiert.⁵⁾

1) Bedenken äußert z.B. Schuster, FN 183 auf S. 90

2) vgl. FN 1) auf S. 234

3) vgl. Peters, JR 1969, 232 (233)

4) Peters a.a.O.

5) So mit Recht Wüst, 62; auch Peters, Handbuch, 768 (786)

5) Belehrung über Zeugnis- und Aussageverweigerungsrecht

Zu Beginn der Erörterungen zu § 81 c¹⁾ wurde darauf hingewiesen, daß sich die Frage einer Belehrungspflicht bei eigenen Befragungen durch den Sachverständigen auch im Hinblick auf § 52 und § 55 stellt. Es wurde außerdem an anderer Stelle bereits dargelegt²⁾, daß dem Aufkunftsverweigerungsrecht nur im Zusammenhang mit Befragungen, nicht auch Untersuchungen, Bedeutung zukommen kann.

a) Zusammenhang mit § 81 c StPO

Nach den im Rahmen der Prüfung zu § 81 c gemachten Ausführungen läßt sich konstatieren, daß auch vor Befragungen durch den Sachverständigen eine Belehrung über die Zeugenrechte aus den §§ 52, 55 erfolgen muß, obgleich der Zeuge sich auch solchen Befragungen ebenso nicht zu stellen braucht wie den über § 81 c hinausgehenden Untersuchungen. Der BGH hat berechtigterweise darauf verwiesen, daß aus § 81 c Abs.1 S.2 "der allgemeine Wille des Gesetzgebers" abgeleitet werden könne, "daß dem Verlangen naher Angehöriger (§ 52 StPO) allgemein zu entsprechen ist", wenn diese im Verfahren nicht mitwirken wollen und daß demzufolge dieser Angehörige entsprechend § 52 Abs. 2 zu belehren sei.³⁾

b) Recht aus § 52 StPO

Zu der Frage des Zeugnisverweigerungsrechts kann gegenüber dem Untersuchungsverweigerungsrecht keine andere Behandlung gelten.

1) vgl. oben S.156 ff.; 221

2) vgl. Ausführungen S.159 ff.

3) vgl. BGH NJW 1960, 2156 (Urt.v.12.8.1960)

Auch insoweit kann den Gegenstimmen¹⁾, die eine Belehrung deshalb negieren, weil zur Aussage vor dem Sachverständigen keine Verpflichtung bestehe, nicht gefolgt werden. Es gilt daher gemäß den im Zusammenhang mit § 81 c getroffenen Feststellungen, daß trotz nicht bestehender Aussagepflicht gegenüber dem Sachverständigen eine Belehrungspflicht über das Recht des § 52 anzunehmen ist.²⁾

c) Recht aus § 55 StPO

Für § 55 kann nichts anderes gelten. Dient § 52 dazu, dem Angehörigen Konfliktsituationen zu ersparen, so liegt der Sinn des § 55 darin - darauf wurde oben bereits hingewiesen³⁾ -, den Zeugen davor zu bewahren, sich selbst oder einen Angehörigen belasten zu müssen. Auch insoweit können die Bedenken, daß der gegenüber dem Sachverständigen nicht aussagepflichtige Zeuge sich nicht in der für den Zeugen typischen Konfliktsituation befinde, aus den dargelegten Gründen nicht durchgreifen.⁴⁾ Der Zeuge muß folglich auch darüber belehrt werden, daß er gemäß § 55 unter den dort genannten Voraussetzungen auch gegenüber dem Sachverständigen zur Verweigerung der Aussage berechtigt ist.

1) So z.B. Heinitz, JR 1960, 226 (228). Grundsätzlich vertritt auch der BGH-vgl. BGHSt 13, 394 (398)-die Ansicht, daß eine Belehrungspflicht dann nicht bestehe, wenn es nicht um die Erfüllung einer Zeugenpflicht gehe; eine Ausnahme macht der BGH dann, wenn es sich um Personen mit Zeugnisverweigerungsrecht handelt (vgl. BGH a.a.O.)

2) so z.B. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 252, Rdnr. 32ff.; Kleinknecht, § 81c, Rdnr.13; KMR, § 81 c, Rdnr. 30.

3) vgl. oben S. 156 f.

4) so auch Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 14, 15

6) Person des Belehrungspflichtigen bei
Zeugenbelehrung

Auch im Zusammenhang mit der Zeugenbelehrung besteht hinsichtlich der Person des Belehrungspflichtigen keine Einigkeit.

a) Meinungsstand

Während Krafft meint¹⁾, eine richterliche Belehrung des Zeugen sei "zweckmäßig", letztlich aber sei es "von untergeordneter Bedeutung", ob nun der Richter oder der Sachverständige belehre, läßt Peters²⁾ die Frage im Psychologischen Handbuch gänzlich unbeantwortet. Aus der Bejahung des von Blau³⁾ angeführten Beispiels der Handhabung am Landgericht Hannover könnte man indes den Schluß ziehen, daß ihm eine richterliche Belehrung adäquat erscheine. Dagegen spricht allerdings, daß Peters in seinem Lehrbuch eine Belehrung durch den Sachverständigen für geboten hält, wenn es um Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht geht.⁴⁾

Heinitz fordert, die Belehrung solle durch den Richter erfolgen, der die Untersuchung anordnet.⁵⁾ Eine zusätzliche Verpflichtung des Sachverständigen, sich von der erfolgten Belehrung zu

1) Krafft, 73/74

2) Peters, Handbuch, 768 (786/787)

3) vgl. FN 1) auf S. 230

4) Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S.311); Peters bezieht sich dabei auf BGHSt 13, 394. Meines Erachtens zu Unrecht, da eine Belehrungspflicht des Sachverständigen dort nicht festgelegt ist und die spätere Entscheidung-BGH 5 StR 83/68 v.7.5.1968-ausdrücklich dagegen spricht; auch Fincke, ZStW 1974,656 (661,FN23) weist auf die offensichtlich unzutreffende Interpretation Peters' hin, ohne indes auf die spätere BGH-Entscheidung einzugehen. Es bleibt die Möglichkeit, daß Peters den Bezug nur auf den Belehrungsinhalt, nicht auch auf den Belehrungspflichtigen verstanden wissen wollte.

überzeugen, hält Heinitz nicht für erforderlich.¹⁾

Kleinknecht konstatiert, der Sachverständige sei "befugt, aber hat keine Rechtspflicht"²⁾ zur Belehrung. Grundsätzlich sei die Belehrung zwar Sache der Strafverfolgungsorgane, "jedoch kann der Auftraggeber den Sachverständigen bitten, den Beschuldigten zu belehren, falls er ihn zur Sache hört."

Auch diejenigen, die im Ergebnis eine Belehrungspflicht verneinen, verlangen, daß der Richter das Vorliegen einer Einwilligung überprüft.³⁾

Der BGH hat sich für eine richterliche Belehrung entschieden⁴⁾, nachdem er die Frage zuvor offen gelassen hatte.⁵⁾ Fincke⁶⁾, der allein von der letztgenannten Entscheidung des BGH⁷⁾ ausgeht, interpretiert diese im Unterschied zu Peters⁸⁾ allerdings so, daß der BGH offensichtlich nur eine Belehrung durch den Auftraggeber gemeint haben könnte. Nur dann sei die vom BGH vertretene Belehrungspflicht gegenüber Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht

5) vgl. Heinitz, Festschrift, 693 (700/701)

1) Auch Heinitz a.a.O., bezieht sich i.d.Z. auf das von Blau-s. FN 3) auf S.238-genannte Beispiel des LG Hannover

2) Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 13

3) vgl. etwa Panhuysen, 82, die auch den Staatsanwalt mit einbezieht, was insofern bedeutsam ist, da zu diesem Zeitpunkt eine Belehrungspflicht der Staatsanwaltschaft noch nicht normiert war

4) vgl. oben Ausführungen S.223

5) so BGHSt 13, 394 (Urt.v.14.10.1959)

6) Fincke, ZStW 1974, 556 (561/562)

7) vgl. FN 4) oben

8) vgl. FN 4) auf S. 238

auch erklärlich, da diese wohl aus der Sicht des Auftraggebers Zeugen seien, nicht jedoch aus der des nicht vernehmungsberechtigten Sachverständigen. Diese Schlußfolgerung überzeugt allerdings nur dann, wenn man - wie Fincke - eine etwaige Delegation der dem Richter obliegenden Belehrungspflicht auf den Sachverständigen ablehnt, da es ansonsten auf die dem Sachverständigen gegenüber nicht bestehende Zeugenstellung nicht ankäme.

b) Stellungnahme

Es ist zunächst Krafft¹⁾ zuzustimmen, wenn er letztlich die Bejahung der Belehrungspflicht für entscheidend hält und der Person des Pflichtigen geringere Relevanz beimißt. Dem Betroffenen kann es in der Tat gleichgültig sein, durch wen er auf die ihm zustehenden Rechte aufmerksam gemacht wird. Für ihn ist zunächst entscheidend, daß er überhaupt belehrt wird.

aa) Grundsätzliche richterliche Pflicht

Dennoch kann die Frage nach der Person des Belehrungspflichtigen nicht offen gelassen werden. In Übereinstimmung mit den bereits zitierten Autoren ist von einer grundsätzlichen Belehrungspflicht für den Richter auszugehen. Allerdings muß diese Meinung insoweit eine Ausdehnung erfahren, als natürlich auch die Staatsanwaltschaft, sofern sie eingeschaltet ist, die Belehrung vorzunehmen hat. Dies ergibt sich aus ihrer Stellung als Strafverfolgungsorgan und der ihr daraus gesetzlich zugesprochenen Belehrungspflicht. Eine solche Ausdehnung

1) Krafft, 73/74

steht auch nicht etwa in Widerspruch zu den allein eine richterliche Pflicht konstatierenden Stimmen in der Literatur, da dort offensichtlich nur die Alternative Richter - stellvertretend für die Strafverfolgungsorgane - und Sachverständiger aufgestellt und zugunsten des Richters entschieden wurde.

Entscheidend ist andererseits, daß den Sachverständigen jedenfalls die Belehrungspflicht grundsätzlich nicht trifft. Insofern muß Krafft¹⁾ widersprochen werden, der die Ansicht vertritt, wenn man einer selbständigen Befragung von Zeugen durch den Sachverständigen zustimme, - was Krafft selbst im Ergebnis ja verneint²⁾ - müsse man dem Sachverständigen auch Belehrungspflichten auferlegen. Diese Folgerung scheint nicht zwingend. Sie überzeugt nur insoweit, als sich aus der Zulässigkeit eigener Befragungen zur Sache das Erfordernis entsprechender Belehrungen ergibt. Die Pflicht dazu aber trifft nicht den Sachverständigen, sondern dessen Auftraggeber.³⁾

Auch Peters setzt sich - wie oben erwähnt - für eine Belehrung durch den Sachverständigen ein.⁴⁾ Seine Bezugnahme auf die Entscheidung BGHSt 13, 394 kann allerdings nicht überzeugen. Da die Verweisung in der Entscheidung vom 7.5.68⁵⁾ sich auf BGHSt 13, 394, 398/399 wegen der dort gar nicht erörterten Person des Belehrungspflichtigen in diesem Punkt ausdrücklich nicht

1) Krafft, 41

2) vgl. dazu FN 1) auf S. 88

3) So auch Fincke, ZStW 1974, 656 (661ff.); Peters, JR 1969, 232 (233); grundsätzlich zustimmend Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 13, aber mit Einschränkung, daß der Sachverständige auch "befugt" sei und der Auftraggeber eine entsprechende Bitte an ihn richten könne.

4) vgl. FN 4) auf S. 238

5) BGH 5 StR 83/68 (Urt.v. 7.5.1968)

beziehen kann, muß man davon ausgehen, daß der BGH immer der Ansicht war, es komme allein der Richter als Belehrungspflichtiger in Betracht - so nämlich *expressis verbis* die zitierte Entscheidung vom 7.5.68¹⁾. Damit befindet sich der BGH im übrigen auch auf einer Linie mit früheren Entscheidungen.²⁾

Hinzu kommt, daß die erstgenannte Entscheidung zu einem Zeitpunkt ergangen ist, als eine Belehrungspflicht nur für den Richter normiert war, die dann später bekanntlich auch auf Vernehmungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei ausgedehnt wurde, vgl. §§ 163 a, 136. Daraus erklärt sich, daß die Person des Belehrungspflichtigen aus der Sicht des BGH keiner ausdrücklichen Erörterung bedurfte, da der BGH offensichtlich zu keinem Zeitpunkt eine Belehrung durch den Sachverständigen selbst in Erwägung gezogen hat; auch nicht, nachdem die Belehrungspflicht auf die anderen Strafverfolgungsorgane ausgedehnt worden war.

bb) Vergleich mit Beschuldigtenbelehrung

Im Ergebnis muß also eine Belehrung durch den Sachverständigen selbst als nicht ausreichend abgelehnt werden. Die Gründe sind im einzelnen oben im Zusammenhang mit der Belehrung des Beschuldigten dargelegt worden.³⁾ Für die Belehrung von Zeugen kann nichts anderes gelten.

1) Diesen Schluß zieht auch Fincke, ZStW 1974, 656 (661/662) aus der Nichterwähnung des Belehrungspflichtigen in BGHSt 13, 394, ohne allerdings auf die seine Folgerung stützende Entscheidung 5 StR 83/68 einzugehen.

2) So z.B. BGHSt 2, 99 (106) (Urt.v.15.1.1952); 9, 195 (Urt.v.1.6.1956)

3) vgl. Ausführungen S. 216

Im Gegenteil: wenn man schon bei dem Schweigerecht des Beschuldigten eine Belehrung durch den Sachverständigen als nicht ausreichend ansieht, so muß dies erst recht für Zeugenbelehrungen gelten. Während nämlich eine Belehrung des Beschuldigten den Sachverständigen kaum vor rechtliche Probleme stellen würde, - daß dieser Punkt indes das Wesen einer Belehrung nicht allein ausmacht, soll hier nur noch einmal erwähnt werden - kann eine Zeugenbelehrung insoweit durchaus juristische Probleme aufwerfen, die den Sachverständigen zwangsläufig überfordern müßten.¹⁾

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, die Übertragung der Belehrung auf den Sachverständigen sei deshalb zweckmäßig, weil vorher nicht abgesehen werden könne, wen der Sachverständige anhören müsse.²⁾

Bereits im Zusammenhang mit der Beschuldigtenbelehrung wurde dieser Gesichtspunkt für nicht relevant erachtet.³⁾ Gleiches muß auch an dieser Stelle gelten, wenngleich konzidiert werden kann, daß es in der Tat kaum vorhersehbar sein dürfte, welche Personen der Sachverständige als Zeuge zur Vervollständigung seiner Gutachtensgrundlagen befragt wird. Im Hinblick auf die oben erörterten Anforderungen, die an eine Belehrung zu stellen sind, muß allerdings in Kauf genommen werden, daß der Sachverständige erforderlichenfalls jeden zu befragenden Zeugen

1) Krafft, 41, weist zu Recht darauf hin, daß "Schwierigkeiten und Zweifelsfälle" auftreten könnten im Hinblick auf §§ 52, 55. (Als Beispiele führt er an: Zeugnisverweigerungsrecht des unehelichen Kindes, Verwandtschaftsgrad; Frage, wann gesetzlicher Vertreter zu belehren ist)

2) So Peters, JR 1969, 232 (233)

3) vgl. Ausführungen S. 214

vorher zur Belehrung zu seinem Auftraggeber "schickt", damit so die Justizförmigkeit seines Vorgehens insoweit keinerlei Zweifeln unterliegt.

7) Belehrungspflicht in Analogie zu bestehenden gesetzlichen Vorschriften

Die Pflicht zur Belehrung durch die beauftragenden Strafverfolgungsorgane ist auf eine analoge Anwendung der jeweiligen, für die Vernehmung im rechtstechnischen Sinne normierten Belehrungsvorschriften zurückzuführen. Eine direkte Anwendung scheidet aus, da es nicht um eine Vernehmung im genannten Sinne geht, zum anderen diese nicht von den Strafverfolgungsorganen, den Adressaten der StPO, vorgenommen wird. Da der Sachverständige aber in deren Auftrag tätig wird, trifft seinen Auftraggeber aus den oben im einzelnen explizierten Gründen die Belehrungspflicht in analoger Anwendung der für den Auftraggeber normierten Belehrungsvorschriften, vgl. §§ 52 Abs. 3, 55 Abs. 2, 81 c Abs. 3, § 136 Abs. 1 S. 2, 163 a Abs. 5.

8) Erfordernis mehrfacher Belehrung

Im Hinblick auf das Schweigerecht des Beschuldigten wurde festgestellt, daß eine besondere, gezielte Belehrung für Befragungen durch den Sachverständigen erfolgen muß, eine zuvor ergangene über das Schweigerecht gegenüber Richter oder Staatsanwaltschaft als nicht ausreichend anzusehen ist.

a) Aussonderung relevanter Fälle

Die Frage mehrfacher Belehrung stellt sich im Hinblick auf § 81 c nicht. Da die Strafverfolgungsorgane die dort geregelten und auch die nicht unter § 81 c zu subsumierenden Untersuchungen nicht vornehmen können, muß eine Belehrung gezielt auf die Rechte gegenüber dem Sachverständigen durchgeführt werden. Es kann nicht genügen, wenn der Zeuge zuvor über sein Recht, das Zeugnis verweigern zu können, gemäß § 52 belehrt worden ist. Insoweit stellen Zeugnisverweigerungsrecht und Untersuchungsverweigerungsrecht unterschiedliche Rechte dar, wenngleich sie letztlich auf demselben Grundgedanken basieren, was der BGH mit Recht in seiner Entscheidung vom 14.10.1959 festgestellt hat¹⁾. Dies ändert indes nichts daran, daß in diesem Zusammenhang sich nicht die Problematik erneuter Belehrung stellt - vergleichbar der Situation bei mehrfacher Vernehmung vor Richter und Staatsanwaltschaft beispielsweise -, sondern daß es sich um voneinander zu trennende Belehrungen unterschiedlichen Inhalts handelt, die auf direkter bzw. analoger Anwendung derselben Rechtsgrundlage fußen. Handelt es sich um eine Glaubwürdigkeitserforschung vor dem Richter auf dem Wege des § 80 Abs. 2, deren Zulässigkeit bejaht wurde²⁾, so gelten ohnedies die für richterliche Vernehmungen normierten allgemeinen Bestimmungen. Für eine gesonderte Betrachtung bleiben somit nur Befragungen durch

1) BGH, JR 1960, 225 (226) (Urt.v. 14.10.1959)

2) vgl. oben S. 171 ff.

den Sachverständigen, die nicht von den bereits dargestellten Fällen erfaßt werden.

b) Prüfung der Notwendigkeit

Es fragt sich, ob in einem solchen Fall eine etwaige vorausgegangene Belehrung über die Rechte aus den §§ 52, 55 vor Richter oder Staatsanwaltschaft genügen würde oder ob dabei eine erneute Belehrung über diese Rechte auch gegenüber dem Sachverständigen zu erfolgen hat.

aa) Unterschied zur Beschuldigtenbelehrung

Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 52 normiert eine Ausnahme von der Zeugenpflicht wegen enger verwandtschaftlicher Bindungen. Da diese Bindungen in jedem Stadium des Verfahrens gleichermaßen bestehen und ein von der Person des Befragenden völlig unabhängiger Faktor sind, könnte man eine einmalige Belehrung, bei der dem Zeugen ja auch der Grund seines Verweigerungsrechtes zur Kenntnis gebracht wird, für ausreichend halten und das Wissen um die auch gegenüber dem Sachverständigen bestehenden Rechte voraussetzen.

bb) Erfordernis gleicher Behandlung

Dieser Gesichtspunkt kann meines Erachtens aber ein im Verhältnis zur Beschuldigtenbelehrung differenziertes Ergebnis nicht rechtfertigen. Auch das Schweigerecht des Beschuldigten ist ein zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens existentes Recht, dessen einmalige Zur-Kennntnis-Ge-
langung nicht für ausreichend erachtet wird.¹⁾

1) vgl. Ausführungen S. 209 ff.

Dieser begründete Standpunkt muß in gleichem Maße für das Zeugnisverweigerungsrecht Gültigkeit haben. Es ist nicht einzusehen, daß die dem Zeugen zustehenden Rechte geringere Wertschätzung genießen sollten als das Beschuldigten-schweigerecht, was Grund für eine differenzierte Behandlung sein könnte.

Dies muß auch unter Berücksichtigung des Kriteriums der Wahrheitsfindung gelten. Die Vermutung der Kenntnis der genannten Rechte auch ohne vorherige Belehrung - sofern sie überhaupt geeignetes Kriterium sein könnte - vermag auch keine unterschiedliche rechtliche Bewertung zu begründen. Im Gegenteil: man würde diese Kenntnis eher beim Beschuldigten als beim Zeugen voraussetzen können. Man wird folglich zu keinem anderen Ergebnis kommen können als bei der Beschuldigtenbelehrung.

cc) Übereinstimmung mit Rechtsprechung

Für das Erfordernis erneuter Belehrung hat sich auch die Rechtsprechung entschieden¹⁾, die in diesem Punkt bei der Beschuldigtenbelehrung bekanntlich einen konträren Standpunkt einnimmt.²⁾ Schon das Reichsgericht³⁾ ist davon ausgegangen, daß bei mehrfacher Vernehmung eine erneute Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht erfolgen müsse. Das RG⁴⁾ hat darauf verwiesen, daß seinerzeit bei den Beratungen zu § 42 Abs. 2⁵⁾ in der Gesetzberatungskommission

1) vgl. etwa BGH a.a.O., 225

2) vgl. dazu Ausführungen oben S. 208

3) vgl. z.B. RGSt 2, 192 (Urt.v. 5.7.1880)

4) RG a.a.O., 193

5) § 42 Abs. 2 des Entwurfes der StPO

des Reichstages unbestritten gewesen sei, daß "der des Rechtes der Zeugnisverweigerung oft unkundige Zeuge vor jeder Vernehmung hierauf hingewiesen werden müsse."¹⁾ Da insoweit Einigkeit bestanden habe, sei § 51 Abs. 2 in der später normierten Form beschlossen worden. Es könne daher an dem Erfordernis erneuter Belehrung kein Zweifel bestehen. Dieser Meinung hat der BGH sich in der zitierten Entscheidung ohne Einschränkungen zu Recht angeschlossen.²⁾

9) Zusätzliche Prüfungspflicht für Sachverständigen?

Wenn man - wie hier - eine Belehrungspflicht für die Strafverfolgungsorgane annimmt und eine solche dem Sachverständigen nicht auferlegen will, bleibt zu erwägen, ob nicht den Sachverständigen dann dennoch die Pflicht treffen sollte, sich vor Beginn seiner Tätigkeit von der Vornahme der erforderlichen Belehrung zu überzeugen.

a) Forderung Panhyusens

So fordert beispielsweise Panhyusen³⁾, die allerdings eine Belehrungspflicht im Ergebnis verneint und lediglich die Einholung einer Einwilligung im Hinblick auf das Untersuchungsver-

1) RG a.a.O.

2) BGH a.a.O., 226; der BGH behandelt die Problematik dort im Zusammenhang mit dem Erfordernis erneuter Belehrung gem. § 81 c und bejaht dies mit einem Erst-recht-Schluß aus der Feststellung in der oben zitierten Entscheidung des RG v. 5.7.1880

3) Panhyusen, 84

weigerungsrecht fordert, der Sachverständige müsse sich vor der Untersuchung "beim Zeugen selbst vergewissern, ob dieser aus eigener freier Entscheidung zu ihm kommt."¹⁾ Die Forderung liegt bei der von Panhuysen vertretenen Lösung natürlich näher als wenn man eine grundsätzliche Belehrungspflicht annimmt. So lehnt denn auch Heinitz eine entsprechende Pflicht des Sachverständigen ab.²⁾

b) Ablehnung

In der Tat sollte eine Verpflichtung des Sachverständigen nicht determiniert werden. Abgesehen davon, daß sich dafür keine gesetzliche Grundlage finden läßt, hieße dies letztlich doch, dem Sachverständigen eine Pflicht aufzuerlegen, was nach den Ausführungen oben unter prozessualen Gesichtspunkten aber gerade vermieden werden sollte. Aus praktischen Gesichtspunkten läßt sich allerdings ein nobile officium des Sachverständigen gutheißen. Da eine Exploration einen nicht irrelevanten Aufwand beinhaltet, zudem die Nicht-Wiederholbarkeit einer solchen Situation zu befürchten ist, wäre es ein wenig erfreuliches Ergebnis, sollte sich im nachhinein das Fehlen einer vorgeschriebenen Belehrung herausstellen. Dies gilt indes nur, wenn man - wie unten noch näher zu begründen sein wird³⁾ - einer fehlenden Belehrung auch ein Verwertungsverbot folgen läßt. Um die Gefahr solch negativer Konsequenzen zu reduzieren, sollte ein nobile officium als angemessen aber auch ausreichend bejaht werden.

1) Panhuysen a.a.O.

2) Heinitz, Festschrift, 693 (701); ebenso Krafft, 74

3) vgl. unten S. 306 ff.

V. Beschränkung der Belehrungspflicht

Nimmt man also die Belehrungspflicht vor Tätigwerden des Sachverständigen in dem oben dargelegten Umfang an, so bleibt die Frage, ob diese eine Einschränkung erfahren soll.

1) Einführung in Problematik

Fincke fordert eine solche für die Beschuldigtenbelehrung¹⁾, da es willkürlich sei, für die Erfragung bestimmter, bei Gelegenheit der Auftragserfüllung festgestellter Tatsachen beim Sachverständigen eine Belehrung zu verlangen, bei einer Privatperson hingegen nicht. "Das angemessene Kriterium für diese Einschränkung liegt aber nicht in der Natur der erfragten Tatsachen, sondern im Rahmen des erteilten Auftrages."²⁾ Damit wendet Fincke sich gegen die vom BGH bei der Zeugenbelehrung vertretene Differenzierung zwischen Befund- und Zusatz-tatsachen.³⁾ Bei den Befundtatsachen handelt es sich dem BGH zufolge um Tatsachen, die allein

1) Fincke, ZStW 1974, 656 (669)

2) so Fincke a.a.O.

3) vgl. dazu die grundlegende Entscheidung des BGH vom 13.2.1959 (= BGHSt 13,1); außerdem BGHSt 18,107 (Urt.v.26.10.1962). Durch BGHSt 20,164 (Urt.v.16.2.1965) ist eine gewisse Verwässerung der bislang klaren Unterscheidung in Befund- und Zusatztatsachen eingetreten. Der BGH hat dort Äußerungen unbekannt bleibender Verbindungsleute gegenüber Beamten des Verfassungsschutzes als Befundtatsachen klassifiziert; nach der bislang vertretenen Definition müßten solche Angaben wohl als Zusatztatsachen zu behandeln sein. Kritik daher von Tiedemann, MDR 1965, 870, sowie Eb. Schmidt, Nachtragsband I, Vorbem. vor § 72, Rdnr. 3, der zudem noch BGHSt 20, 222 (Urt.v.7.5.1965) in seine Kritik einbezieht; zur Abgrenzung Befund-/Zusatz-tatsachen vgl. auch noch Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 10

der Sachverständige aufgrund seiner fachlichen Fähigkeiten zu erkennen vermag.¹⁾ Als Zusatz-tatsachen werden hingegen diejenigen bezeichnet, die auch das Gericht selbst mit den ihm zu Gebote stehenden Beweis- und Erkenntnismitteln feststellen könnte, zu deren Feststellung es folglich sachverständiger Fähigkeiten nicht bedürfte.²⁾ Die Literatur hat sich dieser differenzierenden Meinung des BGH weitgehend angeschlossen.³⁾

Bedenken gegen die Kategorisierung in Befund- und Zusatz-tatsachen haben -wie bereits erwähnt - Fincke⁴⁾ sowie Schuster⁵⁾ erhoben, mit unterschiedlichen Argumenten allerdings.

2) Einwände Finckes

Fincke wendet zwei Gesichtspunkte gegen die Differenzierung in Befund- und Zusatz-tatsachen ein.

a) Widerspruch gegen BGH-Differenzierung in Befund- und Zusatz-tatsachen

Zum einen könne man die Fragen nicht aufspalten in solche zur Person (= Befund-tatsachen) und solche zur Sache (= Zusatz-tatsachen). Alle Fragen müssen notwendigerweise tatrelevant sein. Es könnten daher nicht irrelevante Fragen belehrungsfrei zugelassen werden "mit der Versicherung, die Antworten dürften später nicht

1) so z.B. BGHSt 18, 107 (Urt.v. 26.10.1962)

2) BGH a.a.O.

3) siehe FN 1) und 2) auf S. 295

4) Fincke, ZStW 1974, 656 (669)

5) Schuster, 130ff.

zu Strafverfahrenszwecken "mißbraucht" werden."¹⁾
Zum anderen könne der Schutz des Beschuldigten nicht davon abhängen, ob die Ermittlungen gegen ihn Sachkunde erforderlich machten oder nicht.²⁾

b) Auftrag als relevantes Abgrenzungskriterium

Fincke will statt der Differenzierung zwischen Befund- und Zusatztatsachen darauf abstellen, ob der Sachverständige die entsprechende Information innerhalb oder außerhalb seines Auftrages erhalten hat.³⁾ Jede Information, die der Sachverständige außerhalb seines Auftrages erhalten habe, sei hinsichtlich ihrer Verwertbarkeit denen gleichzustellen, die ein Privatmann - vor dem ja auch keine Belehrung erfolge - erlangt habe. Sie könnte folglich ohne Rücksicht auf ein etwa bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen eingeführt werden, wobei allerdings dem Sachverständigen möglicherweise das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 S. 3 zukommen könne.⁴⁾

3) Einwände Schusters

Im Auftrag sieht auch Schuster das entscheidende Kriterium.⁵⁾ Seiner Ansicht nach ist bereits der Ansatzpunkt des BGH importun, da er auf der

1) so Fincke, a.a.O., 667

2) Fincke, a.a.O., 668

3) vgl. Fincke, a.a.O., 669, wobei er es für irrelevant erachtet, ob dieser Auftrag legitim oder illegitim sei.

4) so Fincke a.a.O.. Schuster, 94, verneint eine Anwendung des § 53 deshalb, weil § 53 das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Probanden schützen solle, ein solches aber gegenüber dem forensisch tätigen Sachverständigen nicht bestehe. Daß dies mit solcher Ausschließlichkeit nicht gesagt werden kann, ist den Ausführungen S. 178ff zu entnehmen.

5) Schuster, 141

unzutreffenden Überlegung beruhe, daß die Erforschung der Befundtatsachen durch das Gericht nicht möglich, folglich sinnlos sei.¹⁾ Allein aus diesem Grunde bedürften sie nach Ansicht des BGH keines weiteren Beweises. Ein solcher sei hingegen - dem BGH zufolge - für Zusatztatsachen erforderlich. Indes sei das Beweismittel, der Sachverständige als Zeuge vom Hörensagen, ein schwächerer Beweis.²⁾

Auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz sei nicht geeignet, die Differenzierung des BGH zu stützen. "Wäre die Vernehmung des Fachmannes ein Verstoß gegen § 250, so kann dieser Verstoß nicht dadurch legitimiert werden, daß man den Fachmann als "Zeugen vom Hörensagen" anspricht und vereidigt."³⁾

Schließlich widerspreche die Unterscheidung zwischen Befund- und Zusatztatsachen auch dem von der herrschenden Meinung zugrundegelegten Abgrenzungskriterium zwischen Zeugen und Sachverständigem. Dieses sei eben nicht die Sachkunde des letztgenannten, sondern der Auftrag.⁴⁾

4) Stellungnahme zu Schuster

Diese Einwände Schusters gegen die Differenzierung des BGH können nur teilweise Zustimmung finden.

a) Unterschiedliche Sachkunde bei Beweiserhebung bzw. -würdigung

Wenn der BGH seiner Differenzierung den Gedanken zugrundelegt, bei Befundtatsachen sei die Erforschung durch das Gericht nicht möglich, so

1) Schuster, 133

2) Schuster, 135

3) Schuster, 136/137

4) Schuster, 137/138

dürfte dies grundsätzlich zutreffend sein, da andernfalls die Zuziehung des Sachverständigen überflüssig wäre. Die daran geknüpfte Folgerung Schusters¹⁾, dann könne das Gericht das Gutachten auch nicht nachprüfen, was aber vom Gesetzgeber im Rahmen der Beweiswürdigung vorgeschrieben sei, ist nicht zwingend. Meines Erachtens kann, muß sogar ein Unterschied gemacht werden zwischen der für die Beweiserhebung einerseits und die Beweiswürdigung andererseits erforderlichen Sachkunde. Wenn das Gericht mangels Sachkunde nicht in der Lage ist, Tatsachen zu erforschen, so kann es dennoch durchaus fähig sein, das sachverständlich Erforschte zu würdigen, es zumindest "auf Vereinbarkeit mit den allgemeinen Denkgesetzen und der Lebenserfahrung" zu überprüfen.²⁾ Es ist zwar zutreffend, daß die Entgegnahme einer Explorationsaussage keinerlei Sachkunde voraussetzt³⁾, daß diese erst für die daraus zu ziehenden Folgerungen für erforderlich gehalten werden muß. Es geht aber nicht nur um die Entgegnahme selbst, die Bedeutung als Beweismittel wird dadurch fixiert, daß der Sachverständige bestimmte Tatsachen seinen Schlußfolgerungen zugrundelegt. Die Beurteilung dessen obliegt dann der richterlichen Beweiswürdigung. Daß auch dies Schwierigkeiten aufwerfen kann, wurde bereits an anderer Stelle aufgezeigt.⁴⁾

b) Restriktive Auslegung von "Befundtatsachen"

Zuzustimmen sein dürfte Schuster insoweit, als er sich gegen eine Ausdehnung der Befundtatsachen auch auf solche wendet, aus denen der

1) Schuster, 2

2) Panhuysen, 67

3) Schuster, 133

4) vgl. oben S. 15; 25/26

Sachverständige mit Hilfe seiner Sachkunde erst auf die bisher gemeinten Befundtatsachen schließe.¹⁾ Insoweit muß eine restriktive Auslegung des Begriffs der Befundtatsachen gefordert werden, da ansonsten - unabhängig davon, ob letztlich der Differenzierung des BGH überhaupt gefolgt werden soll - ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz naheläge. In diesen Fällen ist eine "andere Beurteilung der Beweisbedürftigkeit"²⁾ geboten.

c) Kriterium des "schwächeren Nachweises"

Wenn Schuster die Ansicht vertritt, daß sich dieser angestrebte weitere Beweis "als ein schwächerer Nachweis" darstelle³⁾, so kann dem allerdings nicht oder allenfalls mit großen Einschränkungen beigespflichtet werden.

1) So Schuster, 133; Schuster bezieht sich meines Erachtens allerdings zu Unrecht auf die Entscheidung des BGH v.7.6.1956 (=BGHSt 9, 292), in der es zwar auf S.293 heißt: "Mit seiner"-Anm.: des Sachverständigen-"Hilfe stellt das Gericht Tatsachen fest, die nur vermöge besonderer Sachkunde wahrgenommen oder erschöpfend verstanden und beurteilt werden können." Diese Feststellung des BGH bezieht sich aber wohl, was Schuster nicht erkennen läßt, auf die umfassende Tätigkeit des Sachverständigen, also auch auf die Wahrnehmung etwa von Zusatztatsachen. Für die Einführung als Befundtatsache nimmt der BGH dann eine Einschränkung vor, nach der ohne weitere Beweisaufnahme nur solche Tatsachen verwertbar sind, "zu deren Ermittlung und Wahrnehmung die besondere Sachkunde des Sachverständigen gehört" (BGH a.a.O., 293). Damit hält der BGH sich meines Erachtens durchaus im Rahmen seiner sonst gebräuchlichen Definition der Befundtatsachen. (Vgl. etwa BGHSt 13,1; 18,107). Es ist Schuster allerdings insoweit Recht zu geben, als diese Formulierungen zu Mißverständnissen Anlaß geben können.

2) so BGHSt 2, 292 (294) (Urt.v.7.6.1956)

3) Schuster, 135

Daß der Zeuge vom Hörensagen nur über ein Indiz aussagt, ist allgemein anerkannt¹⁾, soll hier auch nicht in Zweifel gezogen werden. Daraus bereits auf einen "schwächeren Nachweis" zu folgern, überzeugt nicht. Auch der BGH will die Beweisführung ja nicht auf den Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen beschränken, sondern postuliert dessen Vernehmung neben der des Originalzeugen, was wohl kaum den Vorwurf eines schwächeren Nachweises begründen kann. Hinzu kommt, daß nicht die Aussage allein den Beweiswert impliziert, sondern auch die Möglichkeit der Stellungnahme der Prozeßbeteiligten. Es erscheint daher nicht berechtigt, die von der Rechtsprechung vorgenommene Differenzierung unter diesem Gesichtspunkt mit Erfolg anzugreifen.

d) Praktikabilität

Gleiches muß für das Kriterium der Praktikabilität gelten.²⁾ Abgesehen davon, daß dessen Wert ohnehin begrenzt ist, läßt sich auch nicht uneingeschränkt bejahen, daß der BGH den Kreis der Zusatztatsachen auf die Mitteilungen zum Tatgeschehen beschränke.³⁾

1) BGHSt 17, 382 (383/384) (Urt.v.1.8.1962) so etwa Kleinknecht, § 250, Rdnr. 3; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 250, Rdnr. 23 m.w.N.

2) Schuster, 135/136

3) So stellt der BGH in seiner Entscheidung vom 26.10.1962 (= BGHSt 18, 107) fest, daß es sich bei den Zusatztatsachen um außerhalb der Hauptverhandlung gewonnene, "erhebliche, z.B. das Tatgeschehen betreffende Tatsachen" handle. Folglich muß nach Ansicht des BGH eine Zusatztatsache nicht unbedingt das Tatgeschehen betreffen.

e) Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

Auch gegen die Argumentation Schusters im Hinblick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz¹⁾ können Bedenken geltend gemacht werden. Schuster behauptet, es könne keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der Sachverständige als Zeuge oder als Sachverständiger vernommen werde, da beider Äußerungen nicht ohne weiteres dem Urteil zugrundegelegt werden könnten, sondern gewürdigt werden müßten, was auch die Rechtsprechung nicht in Zweifel ziehe.

Dabei geht Schuster allerdings von der Prämisse aus, daß der Grundgedanke des BGH, daß bei Befundtatsachen eine weitere Beweiserhebung sinnlos sei, falsch ist. Wenn man indes diesen Grundgedanken bejaht, ergibt sich bezüglich des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ein Unterschied. Dann läßt sich die Schlußfolgerung nicht aufrecht erhalten, sowohl der Aussage des Zeugen vom Hörensagen als auch der des Sachverständigen komme lediglich Indizwert zu. Bezüglich der fachkundig ermittelten Tatsachen hat die Aussage des Sachverständigen mehr als indiziellen Wert. Insoweit wird wiederum die Sonderstellung des Sachverständigen unter den Beweismitteln verdeutlicht. Die Folgerung Schusters, ein Verstoß gegen § 250 könne nicht dadurch legitimiert werden, daß der Sachverständige statt als Sachverständiger als Zeuge gehört werde, ließe sich dann nicht aufrecht erhalten, bzw. nur dann, wenn der Sachverständige allein als Zeuge vom Hörensagen aussagte; dann nämlich läge in der Tat nur eine Aussage einer Person unter anderer Bezeichnung vor. Jedoch fordert auch die Recht-

1) vgl. Schuster, 136/137

sprechung weiteren Beweis durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen und der vom Sachverständigen befragten Person als Zeuge.¹⁾

Als überzeugendes Argument gegen die Differenzierung des BGH läßt sich der Unmittelbarkeitsgrundsatz also nicht verwerten, da er eine negative Einstellung dazu bereits unterstellt.²⁾

1) vgl. etwa BGHSt 13, 1 (3) (Urt.v.13.2.1959)

2) Schusters Hinweis auf die Entscheidung vom 7.6.1956 (= BGHSt 9, 292), in der nach seiner Ansicht das Zeugnis vom Hörensagen durch den Sachverständigen ausgeschlossen werde, geht meines Erachtens fehl. Ein solcher Schluß läßt sich aus dieser Entscheidung nicht ziehen. Im Leitsatz der Entscheidung heißt es: "Kommt es für das Gutachten auf derartige Auskünfte"- Anm. des Verf.: es handelt sich um solche, die durch Befragung Dritter außerhalb der Hauptverhandlung gewonnen wurden - "an und bleibt ihr Inhalt nach dem Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung beweisbedürftig, so ist Zeugenbeweis durch Vernehmung der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung geboten." Diese Forderung wird dann in den Urteilsgründen darauf gestützt, daß die Verwertung außerhalb der Hauptverhandlung gewonnenen Wissens sogar Gerichtsmitgliedern verwehrt sei. Dies müsse natürlich auch für den Sachverständigen gelten. Das argumentum a maiori ist also entgegen der Ansicht Schusters-S. 137 - nicht verfehlt. Denn es soll sich nicht auf die Zeugenfähigkeit des Richters, des Sachverständigen andererseits beziehen; wäre dies der Fall, müßte Schuster in der Tat zugestimmt werden. Vielmehr dürfte der BGH so zu interpretieren sein: Wenn schon der Richter nicht privates Wissen ohne förmliche Beweisaufnahme verwerten darf, dann erst recht nicht der Sachverständige. Daß in dieser förmlichen Beweisaufnahme der Richter nicht Zeuge sein kann, ergibt sich aus § 22 Nr.5. Daß indes der Sachverständige als Zeuge vom Hörensagen auftreten kann, folgt aus § 74 Abs.1 S.2. Mit dieser Entscheidung läßt sich daher entgegen der Ansicht Schusters nicht eine Abkehr von der sonstigen Rechtsprechung des BGH, den Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen über Zusatztatsachen zuzulassen, begründen.

- f) Widerspruch der Differenzierung des BGH gegenüber eigentlichem Abgrenzungskriterium zwischen Sachverständigem und Zeugen

Größeres Gewicht hat der Einwand, die Einteilung in Befund- und Zusatztatsachen nach dem Kriterium der Sachkunde widerspreche dem an sich entscheidenden Abgrenzungskriterium zwischen Zeugen und Sachverständigem, das ~~im Auftrag~~ des letzteren zu sehen sei.

Es soll an dieser Stelle zunächst kurz erörtert werden, ob tatsächlich im Auftrag des Sachverständigen das entscheidende Abgrenzungskriterium gesehen werden muß.

- aa) Frühere Meinung zur Abgrenzung

Früher wurde eine Unterscheidungsmöglichkeit teilweise gänzlich geleugnet.¹⁾ Man könnte auch meinen, eine genaue Abgrenzung sei grundsätzlich entbehrlich, zumal gemäß § 72 auf den Sachverständigen die Vorschriften des Zeugenbeweises analoge Anwendung finden. Dennoch bestehen gravierende Unterschiede zwischen dem Zeugen- und dem Sachverständigenbeweis²⁾, die eine genaue Abgrenzung erforderlich machen.

1) vgl. etwa Stenglein, 197; ähnlich v. Birkmeyer, 444

2) Man denke nur an die Unterschiede hinsichtlich Aussageverweigerung, Vereidigung oder Entschädigung, um nur einige zu nennen; vgl. dazu etwa Jessnitzer, Der Sachverständige, 6/7. Im übrigen stellt es einen Revisionsgrund dar, wenn eine Person, die als Zeuge hätte vernommen werden müssen, als Sachverständiger aufgetreten ist und umgekehrt. (Vgl. Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22. Aufl., Anm. 3 vor § 72; in der 23. Aufl. nicht mehr ausdrücklich erwähnt, ohne daß sich an der Ansicht etwas geändert haben dürfte).

Zu diesem Zweck sind verschiedene Abgrenzungskriterien entwickelt worden.¹⁾ Zunächst empfiehlt es sich, die Beweisfunktion des Zeugen und des sachverständigen Zeugen zu umreißen. Die Aufgaben des Sachverständigen wurden bereits expliziert.²⁾

bb) Abgrenzungsmerkmale der Sachkunde

Der Zeuge berichtet über von ihm selbst gemachte Wahrnehmungen. Dies tut der sachverständige Zeuge grundsätzlich auch, nur ist seine Funktion insoweit einzugrenzen, als er seine Wahrnehmungen nur aufgrund einer bei ihm vorhandenen besonderen Sachkunde machen kann.

Daraus resultiert, daß eine Abgrenzung zwischen Sachverständigem und Zeugen nicht anhand des Merkmals "Sachkunde" durchzuführen ist, da dieses - wie oben konstatiert - auch beim sachverständigen Zeugen gegeben ist. Dieser aber ist unstreitig Zeuge³⁾, nicht etwa Sachverständiger, wenngleich seine Stellung im Abschnitt über den Sachverständigenbeweis normiert ist, § 85.

Insofern ist das Abgrenzungsmerkmal "Sachkunde" importun.⁴⁾

cc) Tatsachen / Schlußfolgerungen

Teilweise wird zur Abgrenzung die einfache Formel verwandt, der Zeuge berichte über wahrgenommene Tatsachen, während der Sachverständige

1) Grundlegend dazu Löwe-Rosenberg-Meyer, § 85, Rdnr. 3ff m.w.N.

2) vgl. oben S. 30

3) Vgl. etwa KMR, § 85, Rdnr. 1; Kleinknecht, § 85, Rdnr. 1

4) so auch Löwe-Rosenberg-Meyer, § 85, Rdnr. 4; Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zum 7. Abschnitt, Rdnr. 12

aus solchen Tatsachen aufgrund seiner Sachkunde Schlüsse zu ziehen habe.¹⁾ Dieses Kriterium ist sicherlich nicht falsch, andererseits aber auch nicht ausreichend.²⁾ Es reicht dann aus, wenn der Sachverständige dem Gericht über allgemeine Erfahrungssätze oder Umstände berichtet oder aus einem ihm unterbreiteten Sachverhalt bestimmte Schlußfolgerungen zieht, die er auf jene Erfahrungssätze zurückführt. In solchen Fällen berichtet der Sachverständige nicht über wahrgenommene Tatsachen, unterscheidet sich also insoweit vom Zeugen. Wie oben festgestellt³⁾, erschöpft sich die Tätigkeit des Sachverständigen aber nicht in diesen beiden Funktionen. Sie kann ebenso darin liegen, dem Gericht Tatsachen zu vermitteln, die aufgrund der besonderen Sachkunde festgestellt wurden. In diesem Fall kollidieren die Aufgaben des Sachverständigen und des sachverständigen Zeugen, da beider Tätigkeit in der Tatsachenübermittlung aufgrund besonderer Sachkunde liegt. Folglich kann das Kriterium "Tatsachen einerseits - Schlußfolgerungen andererseits" zu umfassender Abgrenzung nicht ausreichen.⁴⁾

dd) Vergangenheit / Gegenwart

Eine andere Abgrenzungsmöglichkeit wird daraus deduziert, daß der Zeuge immer über in der Vergangenheit liegende Wahrnehmungen berichte, die

1) so z.B. OLG Frankfurt, NJW 1952, 717 (Beschl. v.12.3.1952); Schorn, GA 1965, 299; Peters, Lehrbuch, § 42 I (S. 286)

2) Eb. Schmidt, LK Nachtragsband I, § 85, Rdnr.1; so mit Recht Löwe-Rosenberg-Meyer, § 85, Rdnr. 1,4; Müller, 260/261

3) vgl. oben S. 30

4) vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Meyer, § 85, Rdnr. 7 m.w.N.; Kern-Roxin, § 27 A II - IV (S.136/137); aA aber RGSt 61, 114 (Urt.v.23.12.1926); RG HRR 1940, Nr. 53 (Urt.v.29.6.1939)

in der Gegenwart nicht mehr nachvollziehbar seien, während letzteres bei der Tätigkeit des Sachverständigen durchaus der Fall sei. Dies mag im Regelfall zutreffen, kann jedoch nicht uneingeschränkt gelten.¹⁾ Es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen es sich genau umgekehrt verhält. So ist etwa die Wahrnehmung eines Arztes, der als sachverständiger Zeuge über den Gesundheitszustand eines Opfers auszusagen hat, dann gegenwärtig nachvollziehbar, wenn dieser sich seit dem Unfall nicht verändert hat. Andererseits kann das Gutachten eines Sachverständigen dann in der Gegenwart nicht mehr überprüfbar sein, wenn der Begutachtete nach Erstellung des Gutachtens gestorben ist. Daraus wird deutlich, daß auch dieses Abgrenzungskriterium nicht allgemeine Gültigkeit beanspruchen kann.

ee) Fungibilität / Unersetzlichkeit

Dies muß auch für eine Differenzierung anhand des Merkmales "Fungibilität einerseits/Unersetzbarkeit andererseits" gelten. Es kann nicht geleugnet werden, daß auf bestimmten Spezialgebieten die Anzahl der zur Verfügung stehenden Sachverständigen so reduziert ist, daß man zwar theoretisch, nicht aber in praxi von der Fungibilität des Sachverständigen ausgehen kann.²⁾

ff) Auftragskriterium

In der Literatur³⁾ wird die Abgrenzung überwiegend

1) so etwa Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zum 7. Abschnitt, Rdnr. 13; Müller, 261; Lent, ZJP 1936/37, 9 (10)

2) so auch Kern-Roxin, § 27 A II 2 b) (II) dd) (S. 136); Jessnitzer, Der Sachverständige, 8; aA: Dohna, 97/98

3) vgl. etwa Eb. Schmidt, LK Teil II, Vorbem. zum 7. Abschnitt, Rdnr. 15; Kleinknecht, vor § 72, Rdnr. 25; Jessnitzer, Der Sachverständige, 26

danach vorgenommen, daß der Sachverständige über Tatsachen berichte, die er auf gerichtlichen Auftrag hin wahrgenommen habe, während der Zeuge seine Feststellungen zufällig mache, sie vor seiner Zuziehung als Beweismittel im Prozeß bereits gemacht habe. Müller kritisiert an diesem Merkmal, daß es sich um ein rein formales, zur Abgrenzung allein daher wenig geeignetes handle.¹⁾

Es ist sicher unbestreitbar, daß es sich um ein formales Kriterium handelt; indes ist nicht einzusehen, warum diesem Merkmal, das allein geeignet erscheint, in allen Fällen eine Abgrenzung zu ermöglichen, geringere Bedeutung beigemessen werden sollte. Man könnte allenfalls noch in Erwägung ziehen, da eine umfassende Abgrenzung anhand eines einzigen Merkmals - von dem genannten-formalen-Kriterium des Auftrages einmal abgesehen - auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten stößt, die Abgrenzung wenn möglich auf eine Kombination der zur Verfügung stehenden Kriterien zu stützen und eine Differenzierung jeweils anhand des konkreten Einzelfalles vorzunehmen.²⁾ Es liegt allerdings nahe, daß auch dagegen sich die im einzelnen vorgetragenen Bedenken erheben lassen. Es ist nach diesen Erörterungen jedenfalls - um auf den Ausgangspunkt zurückzukommen - zu konstatieren, daß die Sachkunde, wie Schuster zu recht bemerkt³⁾, nicht den entscheidenden Unterschied zwischen Zeugen und Sachverständigem ausmachen kann.

1) Müller a.a.O.

2) so wohl auch Kern-Roxin, § 27 II 2 (S. 136); Henkel, § 53 (S. 217)

3) vgl. oben FN 4) auf S. 253

Folglich muß den geltend gemachten Bedenken gegenüber der Differenzierung in Befund- und Zusatztatsachen insoweit beigepllichtet werden.

5) Stellungnahme zu Fincke

Im Ergebnis stimmt Fincke¹⁾ mit Schuster überein, wobei Fincke die Problematik aus der Sicht einer Beschränkung der Belehrungspflicht analysiert, Schuster auf die Verwertbarkeit abstellt.

a) Keine Aufsplitterungsmöglichkeit bei Fragestellung

Finckes erstem Argument, man könne nicht die belehrungspflichtigen Fragen zur Sache von angeblich nicht belehrungspflichtigen zur Person trennen, kann zugestimmt werden, was den Inhalt betrifft, nicht jedoch, soweit Fincke sich dabei in der Begründung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auseinandersetzt. Es ist wohl zutreffend, wenn Fincke die Ansicht vertritt nicht zu Strafverfolgungszwecken eingeholte Informationen dürften gar nicht in Betracht kommen, da sonst ein entsprechender Beweis Antrag abgelehnt werden müßte²⁾, wenngleich möglicherweise nicht genügend berücksichtigt worden ist, daß

1) Fincke, ZStW 1974, 656

2) so Fincke a.a.O., 667; Fincke weist zu Recht darauf hin, daß die vereinzelt geäußerte Ansicht-vgl. Fincke, FN 39 und 40 auf S. 668-, unter § 136 a fallende Methoden seien dann einer Verwertung nicht hinderlich, wenn sich ihrer nur zur Erforschung der Persönlichkeit bedient würde, nicht haltbar sei, da natürlich auch die Persönlichkeitserforschung ausschließlich Strafverfahrenszwecken diene.

sich dies vor Tätigwerden des Sachverständigen gar nicht vorhersehen lassen wird. Finckes Vorwurf gegenüber dem Bundesgerichtshof geht meines Erachtens aber schon deshalb fehl, weil eine dahingehende Unterscheidung den einschlägigen Urteilen des BGH nicht konkret zu entnehmen ist.¹⁾ Denn die Differenzierung zwischen Befund- und Zusatztatsachen ist meines Erachtens nicht identisch mit der zwischen belehrungsfreien Fragen zur Person und belehrungspflichtigen Fragen zur Sache. Daß es in praxi weitestgehend auf diese Unterscheidung hinauslaufen wird, kann eine andere Betrachtung nicht rechtfertigen.

b) Zufallskriterium der Sachkunde

Großes Gewicht muß dem Einwand Finckes beigemessen werden, die Differenzierung des BGH mache den prozessualen Schutz des Beschuldigten von dem Zufallskriterium der Sachkunde abhängig.²⁾ Es ist sicherlich richtig, daß die Frage der Belehrung nicht von einem "von der Belehrungs-ratio ganz unabhängigen Kriterium"³⁾ abhängen sollte. Ob eine Wahrnehmung Sachkunde verlangt oder nicht, kann aus der Sicht des Beschuldigten,

1) So ist in BGHSt 2, 292 (294) von "außerhalb der Hauptverhandlung" gewonnenen "Äußerungen von Personen" die Rede, wobei offen bleibt, ob es sich dabei um solche zur Sache oder auch zur Person des Beschuldigten handelt. Demgegenüber spricht der BGH in der Entscheidung vom 13.2.1959 (= BGHSt 13, 1 (2)) von Untersuchungen, die "das Tatgeschehen selbst" betreffen und auch BGHSt 13, 250 (251) (Urt. v. 18.9.1959) beschränkt sich auf Bekundungen "außerhalb der Hauptverhandlung über das Tatgeschehen".

2) vgl. Fincke a.a.O., 668

3) Fincke a.a.O.

gegen den diese Wahrnehmung letztlich verwertet wird, keine Rolle spielen. Dem Zweck des StPÄG von 1964, einen möglichst lückenlosen Schutz des Beschuldigten in allen Verfahrensstadien schaffen zu wollen¹⁾, würde eine solche Handhabung zuwiderlaufen.

Zwar postuliert auch Fincke keine völlig lückenlose Belehrung, da er - worauf unten noch näher eingegangen wird - eine solche für außerhalb des Auftrages erfragte Tatsachen nicht bejaht, indes besteht im Hinblick auf die relevanten Kriterien ein wesentlicher Unterschied. Legt man die Sachkunde als entscheidendes Kriterium zugrunde, könnte beispielsweise ein belehrungspflichtiger Richter einen Sachverständigen nur aus dem Grunde zuziehen, um über den Beschuldigten belehrungsfrei Belastendes zu erfragen.

c) Auftragskriterium

Es ist allerdings zu konzedieren, daß die von Fincke stattdessen vorgeschlagene Differenzierung anhand des Kriteriums "Auftrag" insoweit mit der des BGH übereinstimmt, als es um - die BGH-Terminologie zugrundelegend - "Befundtatsachen" geht, da deren Feststellung im Regelfall sowohl Sachkunde voraussetzt als auch innerhalb des Auftrages sich befinden wird.

Innerhalb des Auftrages können aber durchaus auch Informationen liegen, zu deren Feststellung keine Sachkunde erforderlich ist oder die das Gutachten gar nicht betreffen. In diesen Fällen läßt der BGH die Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen zu, da es sich seiner Abgrenzung zufolge insoweit um "Zusatztatsachen"

1) vgl. dazu Ausführungen S. 205

handelt.¹⁾ Fincke hingegen nimmt hier eine Verwertbarkeit nur nach vorheriger Belehrung an.²⁾ Folglich ist in diesem Punkt eine grundlegende Diskrepanz zwischen Fincke und dem BGH festzustellen.

6) Ergebnis

Im Ergebnis ist nach den obigen Ausführungen Fincke und Schuster zuzustimmen, daß statt der vom BGH vertretenen Differenzierung zwischen Befund- und Zusatztatsachen der Auftrag das entscheidende Kriterium darstellt, wenn eine Beschränkung der Belehrungspflicht angenommen werden sollte.

7) Bedenken gegenüber Beschränkungserfordernis

Es ist indes zweifelhaft, ob eine solche letztlich überhaupt befürwortet werden kann.

a) Fragwürdigkeit der Gleichstellung mit Privatperson

Fincke erachtet eine Beschränkung³⁾ deshalb für notwendig, "weil auch der Sachverständige bei Gelegenheit der Auftragserfüllung sachrelevante Informationen erlangen kann, die er zu seiner Aufgabe nicht braucht, die er also unabhängig von seiner Stellung erhält" und fände es daher willkürlich, den Sachverständigen insoweit anders zu behandeln als einen nicht belehrungspflichtigen Privatmann.³⁾ Dieser Gedanke vermag zumindest

1) vgl. BGHSt 13, 250 (Urt.v.18.9.1959), in Fortbildung von BGHSt 13, 1 (Urt.v.13.2.1959)

2) Fincke a.a.O., 670

3) Fincke a.a.O., 669

aus dem Blickwinkel der Wahrheitserforschung zu überzeugen. Es leuchtet ein, daß eine anläßlich der Auftragserfüllung erlangte, aber außerhalb des Auftrags liegende Information derjenigen gleicht, die ein völlig unbeteiligter Dritter erlangt. Die gleichartige Behandlung bei der Verwertung scheint dann eine logische Konsequenz.

Bei näherer Betrachtung sind indes Zweifel angezeigt. Meines Erachtens^{*} ist der Sachverständige, auch wenn er nicht innerhalb, sondern nur bei Gelegenheit seines Auftrages Informationen sammelt, nicht ohne weiteres mit irgendeinem privaten Dritten auf eine Stufe zu stellen.¹⁾

b) Bedenken bei "Zufallsinformation"

Gerade wenn man - wie dies auch bei Fincke bekanntlich der Fall ist - das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Zeugen und Sachverständigem im gerichtlichen Auftrag des Sachverständigen sieht, dem die zufällige Kenntnissnahme des Zeugen gegenübersteht, kann man meines Erachtens zu keinem anderen Ergebnis kommen. Der Einwand Finckes, das^{*} bei Gelegenheit der Auftragserfüllung Erfragte sei ja schließlich eine Zufallsinformation²⁾, kann aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen. Eine Information dürfte dann nicht mehr als zufällig anzusehen sein, wenn ihrer Erlangung durch gezielte vorherige Befragung die Grundlage bereitet werden kann.

1) So auch Panhuysen, 68/69

2) Auch Panhuysen, 69, konstatiert ausdrücklich: "... denn der Psychologe oder Psychiater ist hier kein Zufallszeuge, sondern er wird eben als Sachverständiger in diesem Strafverfahren tätig."

Während der unbeteiligte Dritte außerhalb des Verfahrens etwas erfährt, wird der von den Strafverfolgungsorganen beauftragte Sachverständige innerhalb des Verfahrens tätig und daher sind ihm gegenüber abgegebene Äußerungen "wegen dieses bewußt herbeigeführten Zusammenhangs genau so zu behandeln wie Erklärungen, die der Zeuge vor dem Staatsanwalt oder Polizeibeamten macht"¹⁾, welche auch nicht als Zeuge vom Hörensagen auftreten können. Bedenken gegenüber Fincke müssen auch geltend gemacht werden im Hinblick auf die Vertrauensstellung, die der Sachverständige gegenüber dem Exploranden anstrebt und weitgehend auch erreichen wird.²⁾ Diese Vertrauensstellung würde meines Erachtens mißbraucht, wenn der Sachverständige zwar nicht unter dem Deckmantel einer in Wahrheit nicht bestehenden, beruflich begründeten prozessualen Stellung auftreten würde - eine Belehrungspflicht über deren Nicht-Bestehen wurde ja oben bejaht³⁾ -, er gleichwohl aber das ungeachtet dieser Aufklärung bestehende Vertrauen letztlich auch ausnutzen könnte, um solche "Zufallsinformationen" zu erlangen.

Gerade wenn man - wie Fincke beispielsweise - die nicht unbegründete Besorgnis mißbräuchlicher Ausnutzung der Sachverständigenstellung mit in den Vordergrund stellt⁴⁾, müssen die oben dargelegten Bedenken angemeldet werden.

Die nach außen nicht sichtbare Stellung des Sachverständigen als Beauftragtem der Strafverfolgungsorgane erscheint nicht dazu geeignet,

1) Panhyusen a.a.O.

2) vgl. dazu Ausführungen oben S. 129 ff.

3) vgl. S. 183 ff.

4) Fincke a.a.O., 668

beim Befragten das Mißtrauen zu provozieren, welches gemeinhin Polizei und Staatsanwaltschaft entgegengebracht wird. Dies darf aber nicht dazu führen, des Sachverständigen "Doppelcharakter als ad hoc beauftragtes gerichtliches oder staatsanwaltliches Organ und Privatperson je nach Bedarf hin- und herzuwenden."¹⁾ Gerade darin liegt meines Erachtens eine wirkliche Mißbrauchsgefahr, der Fincke mit der von ihm vorgeschlagenen Differenzierung begegnen will.

c) Vergleich mit illegitim Erfragtem

Ein Vergleich mit dem unter Berufung auf einen illegitimen Auftrag Erfragten muß das hier vertretene Ergebnis stützen.²⁾ Auch in dieser Hinsicht kann eine Mißbrauchsgefahr nicht geleugnet werden. Fincke befürchtet bei dem Differenzierungsmerkmal der Sachkunde, daß dadurch ein mißbräuchlicher Einsatz des Sachverständigen gefördert werden könnte.³⁾ Dieser könnte beispielsweise daraus resultieren, daß ein belehrungspflichtiger Richter, der wegen ausreichender Sachkunde des Sachverständigen möglicherweise gar nicht bedürfte, diesen dennoch beauftragen könnte, um auf diesem Wege belehrungsfrei neue Tatsachen in Erfahrung zu bringen. Diese Gefahr - mag sie letztlich nur theoretischer Natur sein - läßt sich nicht gänzlich leugnen.

1) So Panhyusen, 69

2) Fincke a.a.O., 669, macht bei seiner Differenzierung keinen Unterschied zwischen dem legitimen und dem illegitimen Auftrag. A.A. noch Löwe-Rosenberg-Sarstedt in der 22. Aufl., §79, Anm. 7, der nur bei zulässigerweise erteiltem Auftrag eine Befundtatsache annimmt, die der Sachverständige über das Gutachten einführen darf; in der 23. Aufl. ist diese Einschränkung offensichtlich nicht mehr enthalten.

3) vgl. Fincke a.a.O., 668

Ähnlich dürfte auch die Situation anzusehen sein, wenn der mit illegalem Auftrag aktiv werdende Sachverständige, dessen innerhalb dieses Auftrages liegende Tätigkeit den genannten prozessualen Pflichten unterliegt, bei Gelegenheit dieses Auftrages Informationen sammelt. Eine Mißbrauchsgefahr läßt sich hier wie dort nicht abstreiten.

d) Praktikabilitätsgründe

Überdies kommt noch hinzu, daß eine genaue Unterscheidung anhand des Merkmals "Auftrag" in praxi nur schwer durchführbar sein dürfte. Was wurde noch innerhalb des Auftrages erfragt, was lediglich bei dessen Gelegenheit? Gerade bei der vergleichsweise komplexen Tätigkeit des psychologischen Sachverständigen scheint eine solche Abgrenzung kaum möglich.¹⁾

Nach alledem muß eine Beschränkung der Belehrungspflicht somit unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und der Praktikabilität abgelehnt werden. Welche Folgerungen sich daraus im Hinblick auf die Verwertbarkeit ergeben, wird an anderer Stelle zu erörtern sein.²⁾

G. Grenzen der Explorationstätigkeit des Sachverständigen

Ebenso wie ein Tätigwerden des Sachverständigen nur nach vorheriger Belehrung der Zeugen und Beschuldigten über die ihnen zustehenden Rechte zulässig sein kann, müssen im Rahmen dieser Tätigkeit bestimmte Grenzen beachtet werden, deren rechtliche Grundlage allerdings nicht unumstritten ist.

1) Zu diesem Ergebnis kommt auch Panhyusen a.a.O., die mit Recht bemerkt, "daß es spitzfindig erscheinen würde, hier eine Aufspaltung in Sachverständigentätigkeit und Zufallszeugnis vorzunehmen."

2) vgl. dazu Ausführungen S. 303 ff.

I. Erfordernis der Grenzziehung

Wenn seitens einzelner Autoren konstatiert wird: "Der Zweck der Wahrheitsermittlung ist wertvoller als der Schutz der individuellen Freiheit und der körperlichen Unversehrtheit"¹⁾, so könnte diese Forderung die Sachverständigen zu der irrigen Annahme verleiten, dem Strafverfahren sei in erster Linie mit einer Wahrheitsfindung um jeden Preis gedient, auch um den - vielleicht nur geringfügiger - Mißachtung genannter Grundrechte, die der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit hinzunehmen verpflichtet sei. Es ist sicherlich unbestritten, daß die Findung der materiellen Wahrheit Ziel des Strafverfahrens sein muß, ebenso aber die Wahrung der Individualrechte, die nur in den gesetzlich normierten Grenzen eine Einschränkung erfahren dürfen.

II. Grenze aus § 136 a?

Der Gesetzgeber hat in § 136 a für die Strafverfolgungsorgane einen Katalog einzelner Verbote aufgestellt, deren jeweilige Verletzung unabhängig von etwaiger Einwilligung des Betroffenen ein absolutes Verwertungsverbot nach sich zieht, vgl. § 136 a Abs. 3.

1) Geltungsbereich

Unbestritten ist, daß § 136 a in jedem Stadium eines Verfahrens gilt, also auch im Ermittlungsverfahren.²⁾ § 136 a gilt nicht nur für die richterliche Vernehmung, sondern entsprechend

1) So Sauer, JR 1949, 500 (501), der diese Behauptung allerdings sehr differenziert behandelt wissen will und ihre Realisierung von bestimmten, a.a.O. näher bestimmten Voraussetzungen abhängig macht.

2) vgl. Fränkel, LM Nr. 6 zu § 136a (Anm. zu BGH NJW 1958, 679) (Urt.v.4.3.1958)

auch für Staatsanwaltschaft und Polizei, wie sich aus § 163 a Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 ergibt.

2) Möglichkeit analoger Anwendung

Fraglich ist die Möglichkeit der Anwendung auch auf den Sachverständigen. Eine gesetzliche Verweisung wie im Falle von Staatsanwaltschaft und Polizei existiert nicht, eine direkte Anwendung entfällt ohnehin. Es fragt sich, ob trotz fehlender gesetzlicher Verweisung eine analoge Anwendung begründet werden kann.

a) Keine Anwendung über §§ 69 Abs. 3, 72 StPO

Eine Analogie für den Sachverständigen läßt sich nicht über §§ 69 Abs.3, 72 begründen.¹⁾ Nach diesen Vorschriften gilt § 136 a zwar für eine Vernehmung des Sachverständigen, nicht jedoch für eine solche durch den Sachverständigen, abgesehen davon, daß der Sachverständige - wie oben ausführlich expliziert - eine Vernehmung in diesem Sinne gar nicht durchführen darf, die Verweisung folglich auch nicht in diesem Sinne interpretiert werden könnte. Allerdings stellt sich dadurch, daß auch der Sachverständige in den Stand versetzt wird, allein, das heißt ohne

1) Zu Recht stellt Erbs, NJW 1951, 386, fest, daß diese Regelung praktisch keine Bedeutung habe; etwas unklar Blau, Der psych. Sachverständige, 344 (363), der zwar richtig feststellt, daß § 136 a gem. §§ 69, 72 für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen entsprechend gilt, der dann aber auf die letztlich entscheidende Problematik der Geltung für die Exploration durch den Sachverständigen nicht näher eingeht, dabei aber Methoden erörtert-z.B. Lügendetektor, Wahrheitsserum-, die eigentlich in diesen Problembereich gehören.

Kontrolle durch die ihn beauftragenden Strafverfolgungsorgane, dem Zeugen oder Beschuldigten gegenüberzutreten, die Frage analoger Anwendung des § 136 a auch auf die Exploration des Sachverständigen, wenngleich nicht über §§ 69 Abs.3, 72.

b) Bejahung einer Analogie durch h.M.

Die weitaus herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum bejaht eine Analogie.¹⁾

aa) Gehilfenstellung als Argument des BGH

In der Begründung kommt der umstrittenen Gehilfenstellung²⁾ des Sachverständigen überwiegend eine entscheidende Rolle zu. So hat der BGH eine Analogie damit begründet, daß dem Gehilfen nicht erlaubt sein könne, was dem Richter verwehrt sei.³⁾

bb) Argumentation der Literatur

Mit dieser Argumentation hatte zuvor Siegert⁴⁾ das Erfordernis einer speziellen gesetzlichen Regelung dieser Frage für den Sachverständigen verneint. Auch Eb. Schmidt hält es für sicher,

1) vgl. etwa BGHSt 11, 211 (Urt.v.4.3.1958); BGH NJW 1968, 2297 (Urt.v.6.9.1968); Hanack, JZ 1971, 168 (170); Kern-Roxin, § 27 C I (S.139); Blau ZStW 1966, 153 (164); Sarstedt, NJW 1968, 177 (181); Peters, Lehrbuch, § 43 VI (S. 311); Arzt, JZ 1969, 438; Kleinknecht, § 136 a, Rdnr. 1; Jessnitzer, Der Sachverständige, 208

2) vgl. dazu Ausführungen S. 16 ff.

3) vgl. u.a. BGHSt 11, 211; ebenso Wüst, 72/73

4) Siegert, DRiZ 1953, 98

daß sich § 136 a auch an den Sachverständigen als Gehilfen der am Verfahren beteiligten Strafverfolgungsorgane wendet¹⁾, ebenso Kern-Roxin²⁾. Krafft³⁾ vertritt ebenfalls diese Ansicht und weist zusätzlich darauf hin, daß der § 136 a für jede Tätigkeit des Sachverständigen gelten müsse, auch oder erst recht dann, wenn dieser über seinen Auftrag hinaus gehe, "da er bei allen Tätigkeiten letztlich auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden tätig wird." Ohne Begründung stellen Cabanis⁴⁾, Sarstedt⁵⁾, Blau⁶⁾ und Peters in seinem Lehrbuch⁷⁾ die Bindung des Sachverständigen an § 136 a fest. In der Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 6.9.1968 vertritt Peters⁸⁾ allerdings die Ansicht, das Verbot der in § 136 a genannten Methoden für den Sachverständigen lasse sich nicht aus dieser Vorschrift deduzieren, wie der BGH annehme⁹⁾, da diese Vorschrift sich nur an die Strafverfolgungsorgane wende, sondern "aus der prozessualen Stellung des Sachverständigen als eines bloßen Beweismittels" und dem von jedermann zu respektierenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

1) Eb. Schmidt, NJW 1962, 664 (665); ähnlich Kohlhaas, JR 1960, 246 (249); Nüse, JR 1966, 281 (285)

2) Kern-Roxin, 121

3) Krafft, 15

4) Cabanis, MMW 1967, 2234 (2236)

5) Sarstedt a.a.O.

6) Blau a.a.O.

7) Peters a.a.O.

8) Peters, JR 1969, 232 (234)

9) Aus der Entscheidung v.6.9.1968 (= BGH JR 1969, 231), auf die Peters sich in seiner Kritik bezieht, geht allerdings nicht expressis verbis hervor, daß der BGH das Verbot aus § 136 a ableitet, da er lediglich die Anwendung der nach § 136 a verbotenen Methoden als unzulässig deklariert.

Panhuyzen stellt auf das Auftragsverhältnis ab und meint, dem Auftragnehmer könne nicht erlaubt sein, was dem Auftraggeber verboten sei¹⁾. Ansonsten drohe die Gefahr einer Umgehung des § 136 a durch den Sachverständigen und die Einführung solchermaßen erlangter Tatsachen in den Prozeß.

cc) Ablehnende Meinung Finckes

Auch Fincke²⁾ leugnet nicht den Bestand einer solchen Gefahr in praxi, weist aber darauf hin, daß diese sich auf die Justizförmigkeit des Verfahrens deshalb nicht negativ auswirken könne, weil eine nach § 136 a verbotene, durch den Sachverständigen zur Anwendung gekommene Methode letztlich den Strafverfolgungsorganen zugerechnet werde und daher direkt dem Verbot des § 136 a unterfalle. Eine Analogie lehnt Fincke ab. Er will auf den Sachverständigen vielmehr den umfassenderen Art. 1 GG, dessen Konkretisierung § 136 a letztlich darstelle, angewandt wissen, so daß im Ergebnis trotz der Unterschiede zwischen § 136 a und Art. 1 GG dem Exploranden gegenüber eine verbotene Methode jedenfalls nicht durchgeführt werden dürfe. Art. 1 GG müsse allerdings auf die Besonderheit der Exploration konkretisiert werden, so wie § 136 a eine Konkretisierung im Hinblick auf die Besonderheit der Vernehmungssituation darstelle.

1) Panhuyzen, 95

2) Fincke, ZStW 1974, 656 (658ff.);
zustimmend Ehrhardt, Kriminalpolitische
Gegenwartsfragen, 1959, 225/226

c) Stellungnahme

aa) § 136 a als Konkretisierung des Art. 1 GG

Zunächst ist in Anknüpfung an die Argumentation Finckes festzuhalten, daß § 136 a eine Konkretisierung des Art. 1 GG darstellt¹⁾, die unter dem Eindruck rechtlicher Willkür während des 3. Reiches entstanden ist²⁾ und sicherstellen soll, daß bestimmte, mit der Menschenwürde unvereinbare Methoden nicht zur Anwendung gelangen können, selbst wenn dies im Einzelfall möglicherweise einen Verzicht auf die Wahrheitsfindung bedeuten sollte.³⁾ Die Absolutheit der Regelung dokumentiert am überzeugendsten Abs. 3 des § 136 a, der den Eintritt der Rechtsfolge des § 136 a unabhängig von etwaiger Einwilligung des Betroffenen normiert.

§ 136 a stellt eine Konkretisierung dar, abgestellt auf das besondere Verhältnis zwischen den am Strafprozeß beteiligten "Parteien". Daß der Sachverständige nicht Adressat der StPO ist, wurde bereits konstatiert.⁴⁾ Hingegen unterliegt der Sachverständige wie jeder Bürger der Geltung des Art. 1 GG. Daher scheint der Gedanke Finckes

1) vgl. etwa BGHSt 5, 332 (333) (Urt.v.16.2.1954) Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 a, Rdnr. 3; Eb. Schmidt, LK Teil II, § 136 a, Rdnr. 5; Kleinknecht, § 136 a, Rdnr.1; Peters, Lehrbuch, § 41 II (S. 279)

2) vgl. etwa BGHSt 1, 387 (Urt.v.30.10.1951): "Die Vorschrift verdankt ihr Dasein den schmerzlichen Erfahrungen einer Zeit, die diese Achtung vor der freien Entschließung eines Menschen, auf dem der Verdacht einer strafbaren Handlung ruht, vielfach verletzt"; vgl. auch Eb. Schmidt, LK Teil II, § 136 a, Rdnr. 3; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 a, Rdnr.2

3) vgl. dazu BGH NJW 1953, 1114 (1115) (Urt.v. 7.5.1953)

4) vgl. Ausführungen S. 75

einleuchtend, den Sachverständigen der umfassenden Regelung des Art. 1 GG zu unterwerfen, statt mit mehr oder weniger überzeugender Begründung eine Analogie des § 136 a zu konstruieren.

bb) Bedenken gegen unmittelbare Anwendung von Art. 1 GG

aaa) Drittwirkung der Grundrechte

Gegen eine Anwendbarkeit des Art. 1 GG ergeben sich allerdings zunächst Bedenken im Hinblick auf die Drittwirkung der Grundrechte.

(1) Inhalt

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, daß sich die Grundrechte "als Rechte des einzelnen Staatsbürgers als solchen nur gegen den Staat"¹⁾ in dessen Eigenschaft als Hoheitsträger richten, im Verhältnis der Bürger untereinander hingegen irrelevant sind. Dies läßt sich auch mit Abs. 3 des Art. 1 GG begründen, wonach die Grundrechte Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Der Sachverständige, wenngleich auf staatlichen Auftrag hin als Beweismittel besonderer Art tätig werdend, kann sicherlich nicht mit staatlicher Gewalt in diesem Sinne identifiziert werden. Diese Erkenntnis muß indes noch nicht ohne weiteres zu einer Nicht-Anwendbarkeit des Art. 1 GG auf das Verhältnis Sachverständiger - Zeuge oder Beschuldigter führen.

1) BVerfGE 7, 198 (204) (Urt.v. 15.1.1958); von Mangoldt-Klein, Bd. I, Vorb. A II 4; Leibholz-Rinck, vor Art. 1 - 19, Rdnr. 2; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Vorbem. 6 vor Art. 1; Maunz, § 13 II 11 (S. 110)

Zum einen ist nicht unbestritten, ob eine begrenzte Wirkung der Grundrechte über den oben genannten Grundsatz hinaus auch im Verhältnis der Bürger zueinander zu agnoszieren ist.

(2) Heute herrschende Meinung

Die heute wohl herrschende Meinung¹⁾ geht davon aus, daß ein Bedürfnis nach verfassungsrechtlichem Schutz auch für die Beziehungen der Bürger untereinander nicht einfach geleugnet werden könne. Dies wird damit begründet, daß die Gefahr eines Machtmißbrauchs eben nicht nur von der staatlichen Gewalt ausgehe, sondern auch von der Macht einzelner Personen oder gesellschaftlicher Gruppen. Daß diese Gefahr durchaus existent sein kann, soll hier nicht bestritten werden.

(3) Zweifel am Grundrechtscharakter des Art. 1 GG

Andererseits ist nicht unzweifelhaft, ob Art. 1 GG überhaupt ein Grundrecht darstellt, bei dem sich die Problematik der Drittwirkung der Grundrechte stellt. Von Mangoldt-Klein²⁾ sehen die besondere Bedeutung des Art. 1 GG darin, daß in ihm ein allgemeines Bekenntnis zur Würde des Menschen und seinen Grundrechten, die sich dann in den Art. 2 ff. GG anschließen würden, nieder-

1) vgl. dazu BVerfG a.a.O., 205/206; auch BVerfGE 7, 230 ff. (Urt.v.15.1.1958); von Mangoldt-Klein a.a.O., Vorbem. A II 4 c); Leibholz-Rinck a.a.O., die allerdings die zitierte Entscheidung des BVerfG-BVerfGE 7, 198-differenziert betrachten; Schmidt-Bleibtreu-Klein, a.a.O., Vorbem. 8, 9; Maunz a.a.O.

2) von Mangoldt-Klein a.a.O., Vorb. A II 4 c)

gelegt worden sei. Eine solche, in ihrer Bedeutung über die einzelnen Grundrechte noch hinausgehende Norm aber müsse grundsätzlich auch für die Beziehung der Bürger untereinander Geltung beanspruchen.¹⁾

Aber auch diejenigen Stimmen in der Literatur, die in Art. 1 GG ein Grundrecht im eigentlichen Sinne sehen²⁾, negieren seine Wirksamkeit auch im Privatrechtsverkehr nicht. Sie sehen in Art. 1 GG auch ein grundsätzlich geschütztes subjektives Recht gegenüber den anderen Rechtsgenossen. Diese Meinung wird mit der Stellung des Art. 1 GG im Gesetz sowie Wortlaut und Sinn der Norm begründet.³⁾

(4) Zwischenergebnis

Es kann an dieser Stelle natürlich nicht abschließend zum verfassungsrechtlichen Streit in der Frage der Drittwirkung der Grundrechte Stellung genommen werden. Es soll als Zwischenergebnis festgehalten werden, daß sich unter diesem Aspekt jedenfalls überzeugende Bedenken gegen eine Anwendung des Art. 1 GG als der Tätigkeit des Sachverständigen Grenzen setzende Norm nicht ergeben.

1) vgl. von Mangoldt-Klein a.a.O., Art. 1, Anm. III 3 d; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 1, Rdnr. 13; (ob Art. 1 Abs. 1 ein subj.öff. Recht darstelle oder eine Norm obj. Rechts, wird ausdrücklich offengelassen); ähnlich auch Leibholz-Rinck, Art. 1, Rdnr. 1

2) so etwa Neumann-Nipperdey-Scheuner, 3, 11, 20, 22; Maunz, § 14 II (S. 120)

3) Neumann-Nipperdey-Scheuner a.a.O., ferner 35 ff.; Maunz a.a.O.

bbb) Anwendung des Art. 1 GG ohne umfassende Wirkung

Dies soll indes nicht heißen, daß nunmehr der Meinung Finckes beizupflichten wäre. Fincke konstatiert zwar, daß auch bei Verneinung einer Analogie des § 136 a dem Sachverständigen letztlich nicht mehr gestattet sei als dem Richter, da Art. 1 GG in seinem Anwendungsbereich bekanntlich umfassender sei.¹⁾ Andererseits aber konzediert er, daß bestimmte Methoden in einer Exploration mit der Menschenwürde durchaus vereinbar sein könnten, in einer Vernehmung hingegen nicht. Diese Diskrepanz bedeutet - insoweit kann Fincke wiederum zugestimmt werden - dann keine Schwierigkeit, wenn Methoden gleichermaßen gegen Art. 1 GG wie § 136 a verstoßen.

Bedenken ergeben sich aber dann, wenn bei einer Exploration ein Verstoß gegen Art. 1 GG nicht bejaht werden könnte, während § 136 a vom Tatbestand her an sich gegeben wäre. Diese Situation könnte ungeachtet der Tatsache, daß § 136 a eine Konkretisierung des Art. 1 GG darstellt, eintreten. Konkretisierung bedeutet nämlich nicht inhaltliche Identität in Bezug auf den die Konkretisierung darstellenden Tatbestand. Wäre letzteres der Fall, könnte sich das aufgezeigte Problem nicht stellen. Aber einerseits umfaßt § 136 a nicht alle gegen Art. 1 GG verstoßenden Fälle bei Vernehmungen, zum anderen ist nicht undenkbar, daß eine in § 136 a verbotene Methode nicht in jeder Situation - also beispielsweise nicht bei einer Exploration - einen Verstoß gegen die durch Art. 1 GG geschützte Menschenwürde beinhaltet.²⁾

1) So Fincke, ZStW 1974, 656 (659)

2) So aber Hörstel, DVBl. 1964, 1009 (1011)

Man denke in diesem Zusammenhang nur an das in Abs. 1 letzter Satz des § 136 a aufgeführte Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils, um nur ein Beispiel zu nennen. Auch eine Täuschung muß nicht zwingend das Recht auf Achtung der Menschenwürde tangieren.¹⁾

Wendet man folglich mit Fincke den Art. 1 GG auf das Tun des Sachverständigen an, so könnte eine Situation eintreten, in der ein Verstoß gegen Art. 1 GG nicht vorläge, ein solcher gegen § 136 a wegen Nicht-Anwendbarkeit der Vorschrift auf den Sachverständigen ohne Folgen bleiben müßte. Der Fall bewußter Einschaltung des Sachverständigen durch ein Strafverfolgungsorgan zur Umgehung des § 136 a kann dabei außer Betracht bleiben, da insoweit Fincke zu Recht von einem dann vorliegenden Verstoß des Auftraggebers gegen § 136 a ausgeht.²⁾ Ob eine solche Lösung im Interesse des Gesetzgebers und des Exploranden liegen kann, muß bezweifelt werden. Vielmehr drängt sich - nicht zuletzt unter diesem Gesichtspunkt - die Frage auf, ob eine Analogie des § 136 a befürwortet werden muß.

cc) Vergleichbarkeit mit Vernehmungssituation

Sicherlich existieren Unterschiede zwischen Vernehmung und Exploration³⁾, ist vor allem die Zielsetzung eine andere. Andererseits aber sind auch Parallelen bereits aufgezeigt worden, insbesondere auch im Hinblick auf die Fragen zur Sache. Es kann daher nicht überzeugen, die

1) so Eb. Schmidt, NJW 1962, 664 (665)

2) vgl. oben S. 276

3) vgl. dazu Ausführungen S. 65/66

Befragungspersonen unterschiedlichen Grenzen zu unterstellen. § 136 a zählt bestimmte Methoden auf, denen ein zu Vernehmender sich in keinem Fall ausgesetzt sehen darf, soll ein justizförderndes Verfahren garantieren.¹⁾ Dies gilt sowohl aus der Sicht des Betroffenen als auch in Ansehung des Verfahrens selbst.²⁾ Zeugen und Beschuldigte sollen keine Beiträge zum Verfahren leisten - gleichgültig in welcher Form -, die unter Zuhilfenahme der in § 136 a interdizierten Methoden zustandegekommen sind. Daher überzeugt die Ausklammerung des Sachverständigen aus dem Anwendungsbereich des § 136 a nicht. Es kann letztlich keinen Unterschied machen, ob eine Aussage über den Sachverständigen oder über die Strafverfolgungsorgane Eingang in das Verfahren nimmt. Wird auf dem Weg dahin gegen § 136 a verstoßen, so muß die Aussage aus diesem Grund unzulässig und unverwertbar sein. Es ist daher mit der herrschenden Meinung von einer analogen Anwendung des § 136 a auszugehen.

dd) Keine Gleichstellung mit Privatperson

Der Umstand, daß hinsichtlich der Verwertbarkeit von Äußerungen, die durch Private mit den Methoden des § 136 a erlangt wurden, keine Bedenken erhoben werden³⁾, vermag ein anderes Ergebnis

1) vgl. oben S.272

2) Eb. Schmidt, LK Teil II, § 136 a, Rdnr. 21 m.w.N.; Peters, Lehrbuch, § 41 II (S. 279); Bindokat, NJW 1956, 51

3) so z.B. BGHSt 17, 14 (19) (Urt.v. 6.12.1961); OLG Oldenburg, NJW 1953, 1237 (Urt.v.4.3.1952) Eb. Schmidt, LK Teil II, § 136 a, Rdnr. 22; Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 a Rdnr. 6 (keine "Drittwirkung"); Kohlhaas, JR 1960, 246 (249), will die Grenze dort ziehen, wo Ermittlungen Privater "den allgemeinen Bereich des Erlaubten verlassen."

nicht zu rechtfertigen. Der im Auftrag der Strafverfolgungsorgane handelnde Sachverständige ist eben einem Privatmann insoweit nicht gleichzusetzen.¹⁾ § 136 a soll Schutz bieten vor unzulässigen Eingriffen staatlicher Macht, wobei unerheblich sein muß, welche Person konkret diese staatliche Macht repräsentiert. Vorgänge außerhalb staatlicher Machtentfaltung sind für § 136 a irrelevant.²⁾ Indes ist der Sachverständige über seinen Auftraggeber der staatlichen Macht zuzuordnen.

ee) Folgen der Nicht-Anwendung des § 136 Abs. 1 S.2

Auch das oben gewonnene Ergebnis, § 136 Abs. 1 S.2 nicht auf den Sachverständigen analog anzuwenden, kann der Anwendbarkeit des § 136 a überzeugend entgegengehalten werden, wie Arzt dies tut.³⁾ Es wurde bereits an anderer Stelle signifiziert, daß die analoge Anwendung einer Vorschrift durchaus geboten sein kann, ohne daß daraus der Schluß einer Analogie auch anderer Vorschriften zwingend gezogen werden mußte.⁴⁾ Während im Falle des § 136 Abs. 1 S. 2 dem Erfordernis umfassender Belehrung durch den Richter entsprochen werden kann, eine Analogie auf den Sachverständigen daher entbehrlich ist, kann dies für § 136 a aus den aufgeführten Gründen nicht gelten. Vielmehr gebieten Sinn und Zweck der Vorschrift, ihr auch die Tätigkeit des Sachverständigen zu unterstellen. Im Falle des § 136 geht es um die Vermittlung der Kenntnis bestimmter Rechte an den Beschuldigten, was durch den

1) so auch Fränkel, LM Nr. 6 zu § 136 a (Anm. zu BGH NJW 1958, 679)

2) so etwa OLG Oldenburg a.a.O.

3) Arzt, JZ 1969, 438

4) vgl. oben S. 75

Richter erfolgen kann bzw. muß. Da der Sachverständige dem Exploranden allein gegenübertritt, nützen entsprechende Hinweise des Richters auf § 136a - etwa im Rahmen des § 78 - vielleicht, sie schließen allerdings Verstöße nicht aus. Diese Ungewißheit läßt sich zwar auch durch eine analoge Anwendung nicht eliminieren. Dafür sind aber die sich an einen potentiellen Verstoß anknüpfenden Folgen klar und unmißverständlich. Angesichts der überragenden Bedeutung des § 136 a kann es daher nicht überzeugen, eine Konnexität zwischen den beiden Vorschriften bezüglich der Notwendigkeit ihrer Anwendung auf den Sachverständigen zu fordern und damit - von der Nicht-Anwendbarkeit des § 136 zu Recht ausgehend - eine analoge Anwendung des § 136 a zu verneinen. Es ist im Gegenteil gerechtfertigt, zu differenziierten Ergebnissen zu gelangen.

ff) Praktische Schwierigkeiten

Es sei noch darauf hingewiesen, daß die von Fincke postulierte Lösung hinsichtlich der Verwertbarkeit in praxi zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten führen dürfte. Daß bei Geltung des Art. 1 GG die Frage der Verwertbarkeit "unabhängig von § 136 a Abs. 3 S. 2 StPO zu entscheiden sein wird", ist konsequent.¹⁾ Es wird aber wohl in Einzelfällen schwer zu entscheiden sein, wann der Sachverständige als verlängerter Arm der Strafverfolgungsorgane tätig geworden ist mit der Folge direkter Anwendung des § 136 a Abs. 3 und wann er aus eigenem Antrieb gehandelt hat innerhalb der durch Art. 1 GG gezogenen Grenzen.

1) so Fincke a.a.O.

d) Ergebnis

Im Ergebnis ist es meines Erachtens am überzeugendsten und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit am ehesten entsprechend, im Einklang mit der herrschenden Meinung den Sachverständigen bei der Exploration den durch § 136 a normierten Grenzen zu unterwerfen.

III. Grenze aus Allgemeinem Persönlichkeitsrecht

1) Grundsätzliche Anwendbarkeit

Auch wenn man den Sachverständigen einerseits der konkreten Regelung des § 136 a unterstellt und die Anwendbarkeit von Art. 1 GG verneint, könnte sich eine zusätzliche Grenze aus den Grundrechten ergeben. Bereits oben wurde angedeutet¹⁾, daß das Tun des Sachverständigen vereinzelt in die Nähe des mit dem Anspruch auf Achtung menschlicher Würde kaum mehr Vertretbaren gerückt wird. Es kann und soll nicht Gegenstand dieser Arbeit sein zu analysieren, welcher Methoden der Sachverständige sich im Einzelfall zulässigerweise bedienen darf, ohne das Grundgesetz zu tangieren. Eine Entscheidung kann insoweit immer nur anhand der konkreten Umstände getroffen werden. Im übrigen ist der Freiraum eng begrenzt, da durch die analoge Anwendung des § 136 a die weitaus meisten Fälle bereits einer Grenzziehung unterliegen.

1) vgl. S. 118 f.

2) Anwendungsbereich

Dennoch könnte daneben eine Grenze aus allgemeinem Persönlichkeitsrecht in Betracht kommen.¹⁾ Die Existenz dieses Rechtes ist heute allgemein anerkannt.²⁾ Dem Einzelnen wird ein Lebensraum zugebilligt, "in dem er sich unbeobachtet und frei bewegen kann und darüber hinaus auch ungestörten Gedankenaustausch pflegen kann."³⁾ Dieses zunächst zivilrechtlich anerkannte und unter den Schutz des § 823 gestellte Recht⁴⁾ hat mittlerweile auch strafrechtliche Beachtung gefunden. Während die Tendenz früher dahin ging, dem Strafverfolgungsinteresse Priorität einzuräumen⁵⁾, hat die Rechtsprechung⁶⁾ neuerdings dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht größeres Gewicht zugebilligt.

-
- 1) Diese Problematik wird sich allerdings vorrangig beim Zeugen stellen, da der Beschuldigte ein grundsätzliches Schweigerecht hat.
 - 2) vgl. etwa BGHZ 30, 7 (11) (Urt.v.18.3.1959) m.w.N.; Mertens, JuS 1962, 261; Erdsiek, NJW 1962, 622; Weitnauer, NJW 1961, 107; Larenz, NJW 1955, 521; Siegert, NJW 1957, 689; Hubmann, 227; Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 1, Anm. 2; Palandt-Thomas, § 823, Anm. 15 m.w.N.
 - 3) Hubmann a.a.O.; ähnlich auch BGHSt 14, 358 (Urt.v.14.6.1960, sog. "Tonbandfall")
 - 4) vgl. etwa Enneccerus-Nipperdey, § 78 I 2 (S. 293); zustimmend BGHZ 13, 334 (338) (Urt.v.25.5.1954); a.A. zunächst z.B. noch Palandt-Gramm, 14. Aufl., § 823, Anm. 6; dort wurde die zitierte BGH-Entscheidung noch abgelehnt; später - offensichtlich ab der 22. Aufl., vgl. Anm. 6 zu § 823 - tritt dann Meinungsänderung ein.
 - 5) Vgl. etwa Mitteis, DJZ 1928, 1648; bei Schwarz-Kleinknecht etwa taucht erstmalig in der 28. Aufl. - Einl. 1 J f - das allg. Persönlichkeitsrecht als Beweisverbot auf.
 - 6) Vgl. BGHSt 19, 325 (Urt.v.21.2.1964, sog. "Tagebuchfall")

Die Literatur hat sich dieser Entwicklung angeschlossen.¹⁾ Daß dieser Verlagerung im Interesse der Allgemeinheit liegender effektiver Strafverfolgung Grenzen gesetzt sein müssen, liegt auf der Hand. So sind - um nur ein Beispiel zu nennen - Zeugen grundsätzlich verpflichtet, bei Vernehmungen alle an sie gestellten Fragen zu beantworten²⁾, es sei denn, es stünde ihnen eines der Rechte der §§ 52 ff., 68 a zur Seite. Eine Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist daneben verständlicherweise grundsätzlich ausgeschlossen.

3) Anwendungsmöglichkeit auf Sachverständigentätigkeit

Da aber der Sachverständige in seiner prozessualen Stellung mit den Strafverfolgungsorganen nur sehr beschränkt vergleichbar ist - die bisherigen Ausführungen haben dies dargelegt -, gerade bei der Grundlagenbeschaffung für psychologische oder psychiatrische Gutachten die Erforschung von Einzelheiten aus dem Persönlichkeits- oder Intimbereich von besonderer Relevanz sein werden, könnte das Persönlichkeitsrecht in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle spielen. Dem widerspricht allerdings, daß vor dem Sachverständigen bekanntlich - bis auf die genannten Ausnahmen - niemand eine Aussage zu machen braucht, daß er sich vielmehr freiwillig dazu bereitfinden muß. Wenn der Beklagte freiwillig auf den Schutz eines ihm zustehenden Rechts verzichtet, sollte diese Entscheidung

1) So etwa Sax, JZ 1965, 1; Heinitz, JR 1964, 441; Dünnebier, MDR 1964, 965; Evers, JZ 1965, 661 (665)

2) Beling, Beweisverbote, 28, stellt zu diesem Punkt etwa fest: "Alles wird von der strafprozessualen Wahrheitserforschung unbarmherzig zertreten."

respektiert werden. Den Ausnahmefall des § 136 a Abs. 3 auch insoweit möglicherweise sinngemäß zu übertragen, besteht kein Anlaß. Es handelt sich dabei um einen extremen Ausnahmefall, der eine differenzierte Behandlung rechtfertigt. Davon zu unterscheiden ist natürlich der Fall, daß der Befragte Auskünfte in Unkenntnis der prozessualen Stellung des Sachverständigen abgibt. In einem solchen Fall bedarf es aber des Korrektivs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht, da insoweit die allgemeinen Belehrungsgrundsätze oder § 136 a zur Anwendung gelangen.

H. Einführung von Ermittlungen des Sachverständigen und ihre Verwertbarkeit

Läßt man im Rahmen der Gutachtenvorbereitung auch Fragen zur Sache zu, so stellt sich in besonderem Maße die Frage, ob und gegebenenfalls wie diese außerhalb der Hauptverhandlung erlangten Tatsachen ordnungsgemäß Eingang in das Verfahren finden können bzw. ob ihrer Verwertbarkeit Bedenken entgegengebracht werden müssen.

I. Vermeidung eines Verstoßes gegen Unmittelbarkeitsgrundsatz

In erster Linie gilt es, der Gefahr eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit zu begegnen, demzufolge das Gericht die für die Urteilsfindung bedeutsamen Tatsachen selbst feststellen und sich dabei grundsätzlich des originären Beweismittels bedienen muß.¹⁾ Allein die in der Hauptverhandlung festgestellten

1) siehe dazu Ausführungen S.48/49 mit den dort genannten Zitaten

Tatsachen können zur Urteilsgrundlage gemacht werden.¹⁾

Auf diesbezügliche Bedenken ist bereits im Zusammenhang mit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen hingewiesen worden.²⁾ Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob eine justizförmige Einführung nur auf dem Weg über eine Vernehmung der befragten Person oder des Sachverständigen der Hauptverhandlung möglich ist oder ob der Sachverständige die Aussage auch ohne diese Vernehmung seinem Gutachten zugrundelegen darf.

1) Meinung des BGH

a) Befundtatsachen

Der BGH hat - wie oben ausführlich dargelegt wurde³⁾ - die Anknüpfungstatsachen, die der Sachverständige für sein Gutachten benötigt, in Befund- und Zusatzstatsachen kategorisiert. Die Befundstatsachen, die allein von dem Sachverständigen aufgrund seiner Sachkunde festgestellt werden können⁴⁾, sind auf dem Weg über das in der Hauptverhandlung mündlich zu erstellende Gutachten in das Verfahren einzuführen, ohne daß eine zusätzliche Beweisaufnahme erforderlich wäre, "sofern die Aufklärungspflicht nicht ausnahmsweise eine unmittelbare Beweis-erhebung darüber erfordert."⁵⁾ Über die Verwertbarkeit der so eingeführten Befundstatsachen herrscht in der Rechtsprechung des BGH Einigkeit.⁶⁾

1) so etwa BGHSt 9, 292 (293) (Urt.v.7.6.1956)

2) vgl. oben S. 103 f.

3) vgl. oben S. 251

4) vgl. FN 1) auf S. 251

5) so BGHSt 9, 292 (Urt.v.7.6.1956)

6) vgl. z.B. BGH a.a.O.; BGHSt 18, 107 (Urt.v.26.10.1962); BGH NJW 1951, 771 (Urt.v.18.5.1951) •

b) Zusatztatsachen

Eine andere Beurteilung der Beweisbedürftigkeit ist nach Ansicht des BGH allerdings geboten, sofern es sich bei den einzubringenden Feststellungen um Zusatztatsachen¹⁾ handelt. Diese ohne genaue Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung auf dem Weg über das Gutachten zu übernehmen, stelle einen Verstoß gegen § 250 dar und sei daher unzulässig.²⁾ Der Sachverständige benutze dann nämlich außerhalb der Hauptverhandlung gewonnenes und vom Gericht noch ungeprüftes Wissen irgendwelcher Auskunftspersonen.

aa) Grundsätzliche Einführung

Zur justizförmigen Einbringung verlangt der BGH daher in diesen Fällen die Vernehmung der befragten Person oder des Sachverständigen selbst als Zeuge³⁾, wobei der Sachverständige als Zeuge vom Hörensagen das zunächst fremde Wissen nunmehr als eigenes vermittle.⁴⁾

1) vgl. dazu S. 251

2) so ausdrücklich BGHSt 9, 292 (294) (Urt.v. 7.6.1956); 13, 250 (251) (Urt.v.18.9.1959); 18, 107 (108) (Urt.v.26.10.1962)

3) so BGHSt 9, 292 (294) (Urt.v.7.6.1956); 13, 1 (3) (Urt.v.13.2.1959); 13, 250 (251) (Urt.v. 18.9.1959); 18, 107 (108) (Urt.v.26.10.1962). Nicht ganz einhellig sind die Entscheidungen in der Frage, ob der Sachverständige neben dem Befragten als Zeuge zu hören ist oder ob er auch an Stelle dessen aussagen kann. Die Entscheidung vom 26.10.1962 (=BGHSt 18, 107) läßt beide Möglichkeiten zu: "... und (oder) des ...". Demgegenüber fordert der BGH in der Entscheidung vom 13.2.1959 (=BGHSt 13,1), daß in der Hauptverhandlung "sowohl der Sachverständige darüber als Zeuge gehört wird wie auch der von ihm vorher Befragte." Auf diese Frage wird unten weiter noch genauer eingegangen sein, vgl. S. 293 ff.

4) So BGHSt 6, 209 (Urt.v.30.6.1954)

Eine Ausnahme wird nur für die Fälle zugelassen, daß die betreffenden Tatsachen offenkundig sind oder vom Gericht bereits auf andere Weise für zutreffend befunden wurden. In diesen Fällen soll der Sachverständige von ihnen in seinem Gutachten wie von Befundtatsachen ausgehen dürfen.¹⁾ In allen anderen, in denen es "für das Gutachten oder aus anderen Gründen auf derartige Tatsachen ankommt"²⁾, sei Zeugenvernehmung erforderlich. Dies könne nicht nur dann zutreffen, wenn die Aussage des Sachverständigen neue Tatsachen enthalte, sondern auch dann, wenn diese mit den Angaben anderer Zeugen identisch sei, "gleichwohl aber vom Richter mit zur Überzeugungsbildung herangezogen wird."³⁾

bb) Besonderheit bei Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht

Besondere Probleme können bei Einführung von Zusatztatsachen durch Zeugenvernehmung dann auftreten, wenn es sich bei der befragten Person um einen Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht handelt.

Bei Befundtatsachen können diese Probleme - legt man die Meinung des BGH zugrunde - nicht auftreten, da diese unabhängig von einem in der Hauptverhandlung unter Umständen geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrecht über das Gutachten

1) BGHSt 18, 107 (108) unter Berufung auf BGHSt 11, 97 (Urt.v. 10.10.1957)

2) BGHSt 18, 107 (108); diese Einschränkung ist in der Entscheidung vom 7.6.1956 (=BGHSt 9, 292), auf die sich die Entscheidung im 18. Bd. ausdrücklich bezieht, nicht enthalten. Dies bedeutet aber keinen Widerspruch, sondern eine Klarstellung bzw. Weiterentwicklung.

3) BGHSt 13, 250 (252); daß BGHSt 13, 1 in dieser Hinsicht anders verstanden werden könnte - so auf S. 252 angedeutet - ist meines Erachtens nicht ersichtlich. Die Entscheidung geht auf diesen Punkt gar nicht ein. Daraus allein den angedeuteten Schluß ziehen zu wollen, überzeugt nicht.

Eingang finden.¹⁾

aaa) Befragung durch den Richter

Bei Zusatztatsachen verfolgt der BGH eine differenzierte Betrachtungsweise: Hat das Gericht die Tatsache noch nicht anderweitig für richtig erkannt und macht der zuvor befragte Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, darf auch der Sachverständige zu den von ihm zuvor ermittelten (Zusatz-) Tatsachen weder als Zeuge gehört werden, noch darf er sie über sein Gutachten einführen, da ansonsten ein Verstoß gegen § 252 vorläge.²⁾ Dabei ist nach Überzeugung des BGH allein ausschlaggebend, ob die Tatsachen der Überzeugungs- bildung des Gerichts zugrundegelegt werden sollten. Ob sie dem Gericht zuvor bereits bekannt waren oder nicht, spielt nach Meinung des BGH keine Rolle.³⁾ Habe das Gericht sich indes schon anderweitig von der Richtigkeit der Tatsachen überzeugt, so könne der Sachverständige von ihnen auch dann in seinem Gutachten ausgehen, wenn der betreffende Zeuge sich zwischenzeitlich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen haben sollte.⁴⁾

bbb) Befragung durch den Sachverständigen

Die für die Befragung richterlicher Vernehmungspersonen nach späterer Zeugnisverweigerung geltenden Ausnahmen sollen in Bezug auf den Sach-

1) vgl. BGH a.a.O., unter Berufung auf BGHSt 11, 97 und 13, 1

2) so BGHSt 13, 1 (im Anschluß an BGHSt 9, 292 ff)

3) BGH a.a.O.

4) so BGHSt 11, 97 (Urt.v.10.10.1957)

verständigen keine Anwendung finden. Zwar steht der BGH auf dem Standpunkt, daß der Sachverständige "Gehilfe des Gerichts und in gewissem Sinne dessen Wahrnehmungsperson" sei¹⁾, verweist aber ungeachtet dessen auf den Unterschied zwischen gutachterlicher Befragung und richterlicher Vernehmung.²⁾ Die für letztere geltenden Ausnahmen³⁾ seien restriktiv auszulegen und könnten selbst dann keine Anwendung finden, wenn die betreffende Person bereits an einer richterlichen Vernehmung mit vorausgegangener Belehrung teilgenommen habe.⁴⁾

1) so BGHSt 13, 1 (4) unter Berufung auf BGH 9, 292 (296)

2) Auf diesen Unterschied wurde oben - vgl. S. 65/66- näher eingegangen

3) vgl. dazu etwa BGHSt 2, 99 (106, 108, 109) (Urt.v.15.1.1952)

4) so BGHSt 13, 1 (5); zu Recht weist der BGH dort darauf hin, daß seine Entscheidung nicht in Widerspruch zu der vom 10.10.1957 (=BGHSt 11, 97) stehe; dieser Eindruck kann allerdings deshalb leicht entstehen, weil die verfahrensrechtliche Ausgangslage in beiden Fällen gleich, das Ergebnis indes unterschiedlich ist. In beiden Fällen geht es um die Verwertbarkeit von Aussagen eines zuvor belehrten Zeugen gegenüber dem Sachverständigen außerhalb der Hauptverhandlung, in welcher der Zeuge dann von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Während es sich aber in der Entscheidung vom 10.10.1957 (= BGHSt 11, 97) um Befundtatsachen handeln muß, deren Einbringung ja nach Ansicht des BGH ohne Rücksicht auf eine zuvor erfolgte Belehrung und folglich auch auf ein Zeugnisverweigerungsrecht auf dem Weg über das Gutachten möglich ist, geht es in der Entscheidung vom 13.2.1959 (=BGHSt 13, 1) um Zusatztatsachen, deren justizförmige Einbringung erforderlich ist. Die Unklarheit resultiert daraus, daß BGHSt 11, 97 den Begriff der Zusatztatsache gänzlich vermeidet, BGHSt 13, 1 (5) von "Belastungstatsachen" spricht.

2) Standpunkt der Literatur

a) Einführung

Die Meinung des BGH zur Einführung der Anknüpfungstatsachen ist in der Literatur weitgehend auf Zustimmung gestoßen. Die Differenzierung des BGH zwischen Befund- und Zusatzstatsachen zugrundelegend¹⁾, wird der BGH-Meinung bzgl. der Einführung der Befundstatsachen ausnahmslos²⁾, bzgl. der Zusatzstatsachen mit Einschränkungen gefolgt.³⁾

b) Panhuysen

So will etwa Panhuysen die Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen nur als "Notlösung" zulassen, "wenn eine Aufklärung des Sachverhalts auf keine andere Weise möglich ist!"⁴⁾

c) Peters

Bedenken in dieser Richtung werden auch von Peters geäußert. Er wendet sich in seinem Lehrbuch⁵⁾ gegen die Ansicht des BGH, der Sachver-

1) vgl. dazu etwa Eb. Schmidt, JZ 1957, 229; Russ, NJW 1963, 385; Panhuysen, 66; Wüst, 46

2) so etwa Kern-Roxin, § 27 D (S. 140); Schorn, GA 1965, 299 (303/304); Bremer 152/153; Eb. Schmidt a.a.O.; ders., Nachtragsband I, Vorbem. vor § 72, Rdnr. 3); Russ a.a.O.; Wüst a.a.O.; Alsberg-Nüse, 242/243 (ohne allerdings ausdrücklich zwischen Befund- und Zusatzstatsachen zu unterscheiden)

3) ohne Einschränkungen zustimmend: Kern-Roxin a.a.O.; Schorn a.a.O.; Bremer a.a.O.; Eb. Schmidt a.a.O.; Wüst a.a.O. Mit Einschränkungen: vgl. FN 4) ff

4) Panhuysen, 31

5) Peters, Lehrbuch, § 42 I (S. 287)

ständige könne bei Mitteilung von Zusatztatsachen als Zeuge vom Hörensagen befragt werden. Seiner Meinung nach besteht auch insoweit ein derartig enger Zusammenhang zu dem Gutachten, daß auch bei den Zusatztatsachen die gutachterlichen Äußerungen ihrem Charakter nach unverändert bleiben. Der Sachverständige "bleibt ausschließlich Sachverständiger"¹⁾. Seiner Meinung nach kann die Einführung solcher Zusatztatsachen einzig durch Vernehmungen der befragten Person als Zeuge geschehen. An anderer Stelle²⁾ hat Peters allerdings den Standpunkt vertreten, daß der Sachverständige Zusatztatsachen nicht als Sachverständiger, sondern nur als Zeuge in den Prozeß einführen könne. "Somit kann es vorkommen, daß der Sachverständige in einer doppelten Beweismittelrolle in einem Strafverfahren auftritt."³⁾ Eine Vernehmung der befragten Person sei nur dann erforderlich, wenn den Äußerungen des Sachverständigen widersprochen werde.

3) Zulässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen

Ohne auf die Diskrepanz in den Stellungnahmen Peters' zunächst näher eingehen zu wollen, fragt es sich, inwieweit grundsätzlich eine Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen wünschenswert bzw. erforderlich einerseits, zulässig andererseits ist.

1) Peters a.a.O.

2) Peters, Handbuch (11. Bd.), 768 (784)

3) Peters a.a.O.

a) Prozessuale Situation

Die allgemeine Problematik der Zulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen als Beweismittel des Strafverfahrens soll hier nur kurz aufgezeigt werden.

aa) § 250 StPO als Ausgangspunkt

Sedes materiae ist zunächst § 250. Der darin normierte Unmittelbarkeitsgrundsatz, auf den in anderem Zusammenhang bereits eingegangen wurde¹⁾, postuliert die grundsätzliche Verwendung des originären Beweismittels. Dieser Grundsatz scheint mit der Institution des Zeugen vom Hörensagen nicht ohne weiteres vereinbar.

bb) Meinungsstand

Eine allerdings in der Minderheit vertretene Meinung hielt daher das Zeugnis vom Hörensagen prozessual für unzulässig.²⁾

Ein Teil von Rechtsprechung und Literatur wollte bzw. will die Zulässigkeit davon abhängig machen, ob der Originalzeuge vernommen werden kann oder nicht. Sei dies möglich, stelle die stattdessen erfolgte Vernehmung des Zeugen vom Hörensagen einen Verstoß gegen § 250 dar.³⁾

1) vgl. oben S. 48 ff.; 103

2) siehe etwa Gerland, 173; Ullmann, 473/474 (ausdrücklich selbst für den Fall der Unerreichbarkeit des Originalzeugen)

3) vgl. etwa OGHSt 1, 133 (Urt.v.12.10.1948); OLG Oldenburg HEST 3, 36 (urt.v. 23.5.1950); Grünwald, JZ 1966, 489 (493, FN 42); Henkel, 343; Beling, 319; v. Kries, 377/378; wohl auch Spandel, JuS 1964, 465 (472 f); sowie Hanack, JZ 1972, 236

Die heute herrschende Meinung verneint hingegen einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz, nimmt allenfalls einen Verstoß gegen § 244 Abs. 2 an¹⁾, wobei allerdings zu der Frage, wann konkret ein Verstoß zu bejahen sei, differenzierte Meinungen vertreten werden.²⁾

Die herrschende Meinung stützt sich im wesentlichen auf § 250 S. 2, nach dem die Zeugenvernehmung nicht durch eine Protokollverlesung ersetzt werden darf. Aus der Tatsache, daß andere Ersatzmöglichkeiten keine Normierung gefunden haben, wird der Schluß gezogen, daß diese eben zulässig seien.³⁾

1) vgl. etwa BGHSt 17, 382 (Urt.v.1.8.1962); BGH GA 1968, 370 (Urt.v.9.7.1968); OLG Hamm, NJW 1970, 821 (Urt.v.9.10.1969); Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 250, Rdnr. 23 ff; Eb. Schmidt, LK Teil I, FN 248 auf S. 257 (Rdnr. 452) m.w.N.; Kleinknecht, § 250, Rdnr. 4; v. Hippel, 391

2) Größtenteils wird davon ausgegangen, daß "in der Regel" ein Verstoß zu bejahen sei, wenn erreichbare unmittelbare Tatzeugen nicht gehört würden; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Kleinknecht a.a.O.; hingegen nimmt Eb. Schmidt - a.a.O. - grundsätzlich "eine schwere Verletzung der Aufklärungspflicht" an, wenn nicht der Originalzeuge vernommen werde; so wohl auch BGH GA 1968, 370; im Ergebnis dürfte auf den Einzelfall abzustellen sein, wobei allerdings besondere Umstände vorliegen werden müssen, wenn bei erreichbarbarem unmittelbarem Zeugen die Aufklärungspflicht nicht verletzt werden soll.

3) vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Eb. Schmidt a.a.O.

cc) Stellungnahme

Wenn dagegen vorgebracht wird, der Zeuge vom Hörensagen sei auch nicht zuverlässiger in seinen Bekundungen als ein schriftliches Protokoll, eher sei das Gegenteil anzunehmen, da er allen möglichen, dem Wahrheitsgehalt seiner Aussage unter Umständen abträglichen Einflüssen ausgesetzt sei¹⁾, so kann diesem Einwand nicht beige-
pflichtet werden. Sicherlich ist eine solche Gefahr nicht auszuschließen; diese dürfte aber auch bei dem Originalzeugen gegeben sein, wenn-
gleich nicht geleugnet werden soll, daß Fehler-
quellen durch Einschaltung einer zusätzlichen
Vermittlungsperson potenziert werden können.
Andererseits aber ist der Zeuge vom Hörensagen
im Unterschied zum Protokoll in der Lage, sub-
jektive Eindrücke des Originalzeugen dem Gericht
zu vermitteln, was in Verbindung mit den von ihm
selbst gewonnenen Eindrücken für das Gericht
doch wertvoller sein wird als die Verlesung eines
in dieser Beziehung keinerlei Aufschlüsse zu-
lassenden Protokolls. Meines Erachtens macht
die herrschende Meinung daher zu Recht einen
Unterschied zwischen der Vernehmung des Zeugen
vom Hörensagen und der Protokollverlesung.
Abgesehen von diesen grundsätzlichen Überlegungen
kann es auch nicht überzeugen, die fehlende
Nennung des Zeugen vom Hörensagen in § 250 S. 2
einfach einem Vergessen des Gesetzgebers zuzu-
schreiben.²⁾ Dafür sind Anhaltspunkte nicht er-
sichtlich. Man wird daher in Übereinstimmung mit
der herrschenden Meinung das Zeugnis vom Hören-
sagen - nicht nur in den Fällen der Unerreichbar-
keit gemäß § 251 Abs. 2 - zulassen und nur aus-

1) vgl. etwa v. Kries a.a.O. u. 380

2) so aber v. Kries a.a.O.

nahmsweise in Ansehung des § 244 Abs. 2 eine Vernehmung des Originalzeugen als unabdingbar fordern müssen. Insofern stellt sich die Problematik nicht mehr als eine den Unmittelbarkeitsgrundsatz, sondern die Beweiswürdigung betreffende dar. Die prozessuale Zulässigkeit sagt über den Wert als Beweismittel natürlich nichts aus. Angesichts der oben aufgezeigten Unzulänglichkeiten wird dem Zeugen vom Hörensagen daher zu Recht nur begrenzter Wert beizumessen sein.¹⁾

b) Einschränkung beim Sachverständigen-Beweis

Die grundsätzliche prozessuale Zulässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen wird allerdings beim Sachverständigenbeweis im Hinblick auf § 244 Abs. 2 dahingehend eingeschränkt werden müssen, daß eine alleinige Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge im Regelfall - von den Fällen der Unerreichbarkeit des Originalzeugen einmal abgesehen - einen Verstoß gegen § 244 Abs. 2 darstellen wird.²⁾

aa) Sonderstellung des Sachverständigen

Der Grund für diese gegenüber dem "normalen" Zeugen vom Hörensagen differenzierte Betrachtungsweise ist in der Sonderstellung des Sachverständigen zu sehen. Während der "normale" Zeuge seine Wahrnehmungen zufällig macht, wird der Sachverständige im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden tätig; dies sogar dann, wenn es

1) vgl. etwa BGHSt 17, 382 (385) (Urt.v.1.8.1962) Eb. Schmidt, LK Teil I, Rdnr. 452; Peters, Lehrbuch, § 39 II (S. 267); vgl. dazu auch Ausführungen oben S. 296 ff.

2) So Eb. Schmidt, vgl. FN 2) auf S. 298

sich im Einzelfall um eine unter Überschreitung des Auftrages gewonnene Tatsache handelt. Auf dieses Abgrenzungskriterium wurde bereits in anderem Zusammenhang näher eingegangen.¹⁾ Dieser Unterschied ist durchaus geeignet, den Beweiswert einer Zeugenaussage zu beeinflussen. Das Erfordernis des Zeugenvernehmung beider Personen läßt sich auch noch auf andere Weise begründen.

bb) Gefahr der Umgehung von Zeugnisverweigerungsrechten

Einmal besteht die Gefahr, daß bei vorher nicht erfolgter Belehrung des Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht diesem die Möglichkeit der Zeugnisverweigerung mit den daraus resultierenden Konsequenzen - grundsätzliche Unzulässigkeit der Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen²⁾ - nicht mehr erkennbar wird. Zwar ist in den Ausführungen oben die Verpflichtung des Auftraggebers zur Belehrung dargelegt worden³⁾, dennoch läßt sich die Gefahr fehlender Belehrung nicht beseitigen. Die an sich gegebene Unschädlichkeit der Nichtbelehrung bis zur Einführung des unbelehrt Ermittelten in den Prozeß würde aber gefährlich, wenn nicht mehr die Möglichkeit bestünde, durch Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechtes in der Hauptverhandlung die Einführung dessen zu verhindern, was der Zeuge zu diesem Zeitpunkt nicht mehr offenbart wissen will. Insofern wäre die Nicht-Vernehmung des Originalzeugen unter Umständen geeignet, bestehende Zeugnisverweigerungsrechte zu umgehen.

1) vgl. oben S. 262

2) vgl. dazu Ausführungen S. 293

3) vgl. oben S. 236; 240

cc) Beschränkung der Verteidigung

Ferner könnte die Nichtvernehmung des Originalzeugen die Rechte des Angeklagten bzw. seine Verteidigung tangieren. Wenn man eigene Fragen des Sachverständigen zur Sache in bestimmtem Maße zuläßt, können dadurch die Verteidigungsmöglichkeiten - wie oben bereits dargestellt¹⁾ - zumindest gefährdet werden. Diese Gefahr konkretisiert sich aber insbesondere dann zu einem Verstoß beispielsweise gegen Art. 6 Abs. 3 d MRK²⁾, wenn der betreffende Zeuge in der Hauptverhandlung nicht gehört und damit der Verteidigung die Möglichkeit zu seiner Befragung genommen würde. Der Beweiswert von Äußerungen Dritter gegenüber dem Sachverständigen außerhalb der Hauptverhandlung "steht erst fest, wenn die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Fragestellung (§ 240 StPO) und Äußerung (§ 257 StPO) gehabt haben."³⁾

Aus diesen Überlegungen folgt, daß unabhängig von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vernehmung des Zeugen vom Hörensagen die Einführung außerhalb der Hauptverhandlung von dem Sachverständigen erfragter Tatsachen durch Vernehmung des Originalzeugen in der Hauptverhandlung zu erfolgen hat; Bedenken gegen eine daneben stattfindende Anhörung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen bestehen dann nicht.⁴⁾

1) vgl. oben S. 107

2) In Art. 6 Abs. 3 MRK heißt es: "Jeder Angeklagte hat mindestens die folgenden Rechte:
d) Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen..."

3) So BGHSt 9, 292 (295) (Urt.v.7.6.1956);
ähnlich BGHSt 13, 1 (3) (Urt.v.13.2.1959)

4) So im Ergebnis ja auch die h.M., vgl. oben
FN 3) auf S. 291 bzw. FN 3) auf S. 295

4) Unterschiedlicher Ansatzpunkt Finckes und Schusters

Gehen die bisher zur Diskussion gestellten Meinungen - abgesehen von den aufgezeigten Diskrepanzen - von der gemeinsamen Grundlage der Differenzierung zwischen Befund- und Zusatztatsachen aus und kommen sie in der Frage der Verwertung weitgehend zum gleichen Ergebnis, so greifen Fincke und Schuster - wie oben bereits erwähnt¹⁾ - dieses Unterscheidungskriterium als ungeeignet an. Dies führt in der Frage der Verwertbarkeit zu anderen Ergebnissen.²⁾ Danach dürfen innerhalb des Auftrages liegende Informationen dann durch den Sachverständigen eingeführt und verwertet werden, wenn zuvor eine ordnungsgemäße Belehrung durch den Auftraggeber stattgefunden hat. Bei Aussageverweigerung in der Hauptverhandlung sei dagegen Unverwertbarkeit anzunehmen. Über außerhalb des Auftrages Ermitteltes dürfe der Sachverständige unbeschränkt, also ungeachtet vorheriger Nichtbelehrung, als Zeuge vom Hörensagen befragt werden. Da dieser Ansicht bezüglich einer Beschränkung der Belehrungspflicht hier nicht gefolgt wird, muß die Problematik der Verwertbarkeit aufgrund der hier gewonnenen Ergebnisse überprüft werden.

II. Verwertbarkeit bei Verstoß gegen Prozeßnormen

Es soll zunächst kurz der Meinungsstand zur Problematik der Verwertbarkeit bei vorrangegangenem Verstoß gegen prozessuale Vorschriften aufgezeigt werden.

1) So Fincke, ZStW 1974, 656 ff.; Schuster, 133

2) Dazu Fincke a.a.O., 673

1) Einführung

Ungeachtet der Unterschiede aller zur Problematik der Beweis- und Verwertungsverbote vertretenen Meinungen ist nahezu unbestritten, daß nicht jeder Verstoß gegen Prozeßnormen bei der Beweisgewinnung automatisch ein Verwertungsverbot zur Folge hat.¹⁾ Die entgegengesetzte Ansicht Belings²⁾, der im übrigen als Schöpfer des Terminus "Beweisverbote" gelten kann³⁾, ist seither in dieser Uneingeschränktheit nicht wieder aufgenommen worden. Dem widerspricht nicht, daß wenigstens im Grundsatz Unzulässigkeit der Verwertung anzunehmen ist, wenn "durch die Verwertung eines in fehlerhafter Weise... erlangten Beweismittels das Beweisrecht der StPO verletzt, insbesondere ein von der StPO durch Beweisverbote reprobierendes Beweismittel in das Beweisverfahren eingeführt"⁴⁾ wird. Höchst umstritten indes ist, bei welchen Verstößen im Einzelfall dennoch Verwertbarkeit zu bejahen ist bzw. welche Kriterien bei der Einordnung der jeweiligen Verstöße maßgeblich sind. Letztlich beurteilt diese Frage sich nach einer Abwägung zweier Verfahrensgrundsätze, die sich nicht ohne Schwierigkeiten miteinander vereinbaren lassen. Einerseits sind die Justizorgane gehalten, im Interesse der Allgemeinheit möglichst die Wahrheit an den Tag zu bringen,⁵⁾ andererseits läßt das Gesetz nur dann

1) vgl. etwa BGHSt 17, 14 (Urt.v.6.12.1961); Kleinknecht, NJW 1964, 2181 (2185); Kern-Roxin, § 24 III (S. 112); Peters, Lehrbuch, § 37 X (S. 253 ff.)

2) so Beling, Beweisverbote, 30 ff., Deutsches Reichsstraßprozeßrecht, 290 f., der der Menschenwürde absolute Priorität vor den Zielen des Strafverfahrens einräumte.

3) vgl. Beling, Beweisverbote, 3

4) so Eb. Schmidt, JR 1959, 369 (372)

5) so BGHSt 2, 99 (105) (Urt.v.15.1.1952)

eine Verurteilung zu, wenn die Überführung des Angeklagten mit den von der Rechtsordnung ausdrücklich zugelassenen Mitteln erreichbar ist. Schmidt-Leichner hat diesen Konflikt einmal so ausgedrückt: "Das Prinzip der "materiellen Wahrheit" einerseits und "Beweisverbote" andererseits können sich wie Feuer und Wasser gegenüberstehen."¹⁾

Angesichts der Grundsätzlichkeit dieser Problematik wird verständlich, daß es nicht Gegenstand dieser Arbeit sein kann, die dazu vertretenen konträren Meinungen gegenüberzustellen²⁾, die in Zusammenhang mit diesem Themenkreis eine derartige Fülle von Problemen behandeln, "daß die Menge der einschlägigen Entscheidungen und literarischen Äußerungen getrost als bereits unübersehbar bezeichnet werden darf."³⁾

Ähnliches muß auch für die Begriffsbildung gesagt werden, die im Bereich der Beweisverbote Platz gegriffen haben⁴⁾ und von denen man allein die Unterscheidung in Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote⁵⁾ als eine Terminologie signifizieren können wird, die sich weitgehend durchgesetzt hat.⁶⁾

1) So Schmidt-Leichner, NJW 1966, 1718 (1721)

2) So behandelt der BGH die Problematik unter dem Aspekt des Revisionsrügerechts; vgl. BGHSt 1, 39 (Urt.v.27.2.1951) und 11, 213 (Beschl.v.21.1.1958) zur sog. "Rechtskreistheorie"; in einer neueren Entscheidung vom 13.4.1962 (= BGHSt 17, 245) ist die Rechtskreistheorie allerdings-zu Recht-in den Zusammenhang mit der Verwertbarkeit gestellt worden. Zur grundsätzlichen Problematik vgl. auch: Gossrau, MDR 1958, 468; Eb. Schmidt, JZ 1958, 596; Dencker, Verwertungsverbote

3) so mit Recht Dencker a.a.O., 1

4) Dencker, a.a.O., 1/2

5) vgl. etwa Kern-Roxin, § 24 D (S. 110 ff.)

6) so auch Dencker, a.a.O.

Es kann an dieser Stelle daher lediglich versucht werden, einige Grundsätzlichkeiten herauszuarbeiten, soweit diese für das Thema dieser Arbeit von Bedeutung sind.

2) Verwertbarkeit im Rahmen des § 136 a StPO analog

Wendet man - wie oben erörtert¹⁾ - § 136 a analog auch auf die Tätigkeit des Sachverständigen an, so umfaßt die Analogie unzweifelhaft auch das Verwertungsverbot des § 136 a Abs. 3, welcher in Verbindung mit den darauf verweisenden §§ 69 Abs. 3 und 163 a einzige, ein Verwertungsverbot unmittelbar aussprechende gesetzliche Vorschrift ist. Unter Verstoß gegen Abs. 1 oder Abs. 2 durch den Sachverständigen gewonnene Ergebnisse dürfen folglich auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte einer Verwertung zustimmen sollte.²⁾

3) Verwertbarkeit bei fehlender Belehrung

Besteht insoweit Eindeutigkeit, so ergeben sich erhebliche Differenzen bezüglich der Verwertbarkeit bei fehlender Belehrung von Zeugen und Beschuldigten.

a) Einführung

Der Gesetzgeber knüpft bekanntlich an eine fehlende Belehrung nicht zwangsläufig das Verbot der Verwertung. Dies ist im Gegenteil eine Ausnahme, die ihre Normierung lediglich - wie bereits oben konstatiert - in § 136 a Abs. 3 S. 2 gefunden hat , wobei dieser Fall nicht

1) vgl. oben S. 272 ff.

2) vgl. dazu auch Feldmann, NJW 1959, 853

einmal die eigentliche Belehrungsproblematik betrifft. Es soll hier nicht erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen eine Nichtbelehrung zugleich als "Täuschung" im Sinne des § 136 a zu werten ist. Jedenfalls werden sich bei weitem nicht alle Fälle darunter subsumieren lassen, so daß sich die Frage nach einem von § 136 a Abs. 3 unabhängig zu betrachtenden Verwertungsverbot stellt.¹⁾

b) Fehlende Belehrung über Beschuldigtenschweigerrecht

Nimmt man eine allgemeine Belehrungspflicht gegenüber dem Beschuldigten über sein auch gegenüber dem Sachverständigen bestehendes Schweigerecht an²⁾, so stellt sich die Frage der Verwertbarkeit zunächst in diesem Zusammenhang.

aa) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung, die bekanntlich eine Belehrungspflicht für den Sachverständigen ablehnt³⁾, folglich sich mit der Problematik nicht unter dem spezifischen Gesichtspunkt der Sachverständigentätigkeit auseinandersetzt, bejaht grundsätzlich eine Verwertbarkeit der ohne vorherige Belehrung des Beschuldigten erlangten

1) Schmidt-Leichner, NJW 1965, 1309 (1311) und NJW 1966, 1718 (1720) stellt die Nichtaufklärung gemäß § 136 der Täuschung gemäß § 136 a gleich. Vgl. dazu auch Kunert, MDR 1967, 539 (542); OLG Bremen, NJW 1967, 2022 (2023) (Urt.v.30.8.1967)

2) Vgl. Ausführungen S. 206

3) so oben S. 192

Informationen.¹⁾ Ein Teil der Literatur hat sich dieser Ansicht angeschlossen.²⁾

Den Ansatzpunkt für die Begründung sah diese Meinung zunächst in § 136 a F, der dem BGH zufolge nur eine die spätere Verwertbarkeit nicht tangierende Ordnungsvorschrift darstellte.³⁾ An dieser Ansicht hat der BGH auch nach der Neufassung des § 136 festgehalten⁴⁾ und sie unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte mit einem argumentum e contrario aus § 136 a Abs. 3 S. 2 begründet: Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 136 keine der in § 136 a Abs. 3 S. 2 normierten Regelung vergleichbare getroffen, vielmehr nur die bereits existente Aussagefreiheit stärker betont habe, obgleich

-
- 1) vgl. BGHSt 22, 170 (Urt.v.31.5.1968); BGH NJW 1966, 1718 (Urt.v.5.4.1966); OLG Hamburg, NJW 1966, 1278 (Urt.v.25.1.1966); a.A. OLG Bremen, NJW 1967, 2022 (Urt.v.30.8.1967)
 - 2) So etwa Eser, ZStW 1967, 565 (621) mit FN 238) Rejewski, NJW 1967, 1999 (2000); einschränkend Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136, Rdnr. 61
 - 3) Vgl. etwa BGH GA 1962, 148 (Urt.v.9.1.1962)
 - 4) so ausdrücklich BGHSt 22, 170 (175) (Urt.v.31.5.1968) m.w.N., nachdem zuvor BGH NJW 1966, 1718 (Urt.v.5.4.1966) und BGH NJW 1966, 1719 (Urt.v.22.6.1966) diese Frage offengelassen hatten; einschränkend aber BGHSt 25, 325 (328/329) (Beschl.v.14.5.1974); zu dieser Entscheidung des BGH siehe Dencker, MDR 1975, 359 ff.; wie BGHSt 22 auch OLG Hamm, NJW 1967, 1524 (Urt.v.9.2.1967); OLG Oldenburg, NJW 1967, 1096 (1098) (Urt.v.29.11.1966); KMR, § 136, Rdnr. 10 mit dem Hinweis: "Vgl. aber BGH 25, 325 für die Vernehmung des Angeklagten nach § 243"; Kleinknecht, § 136, Rdnr. 20, der allerdings auch auf die oben aufgeführte Entscheidung vom 14.5.1974 verweist; Rejewski, a.a.O.; a.A. Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136, Rdnr. 64 m.w.N. (vgl. auch FN 5) auf S. 309), nachdem zuvor Sarstedt - vgl. FN 1) auf S. 309 eine andere Meinung vertreten hatte.

ihm die Rechtsprechung zu § 136 a.F. bekannt gewesen sei, müsse der Schluß gezogen werden, daß er eine entsprechende Regelung eben nicht habe treffen wollen.¹⁾

Eine in Erwägung zu ziehende analoge Anwendung des § 136 a Abs. 3 S. 2 könne deshalb nicht in Betracht kommen, weil es sich dort "um positive Verstöße zum Teil gröbster, vielfach mit Zucht- haus bedrohter Art, in § 136 StPO um Unterlassungen"²⁾ handle. Im übrigen verweist der BGH darauf, daß davon ausgegangen werden könne, daß die Frage der Wahrnehmung des Schweigerechts als eine der wichtigsten Fragen künftigen Prozeßverhaltens gleich am Anfang mit dem Verteidiger besprochen werde³⁾, daß ferner ein Angeklagter aus der Frage, ob er aussagen wolle, schon den richtigen Schluß ziehe, daß er nämlich auch schweigen könne.⁴⁾

bb) Gegenteilige Literaturmeinung

Demgegenüber vertritt die in der Literatur wohl herrschende Meinung den Standpunkt, das Unterlassen des Hinweises auf die Aussagefreiheit gemäß § 136 müsse ein Verwertungsverbot zur Folge haben.⁵⁾ Die herrschende Meinung wendet dabei

1) BGHSt 22, 170 (174/175) (Urt.v.31.5.1968); ebenso noch Löwe-Rosenberg-Sarstedt, 22.Aufl., § 136 Anm. 18

2) So BGH a.a.O., 175, wobei allerdings offengelassen wird, daß es sich im Einzelfall bei einer Nichtbelehrung gleichwohl um eine Täuschung i.S.d. § 136 a mit der Folge aus § 136 a Abs. 3 S.2 handeln kann. Auf letzteres verweisen auch Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136, Rdnr. 61; Rejewski, a.a.O.

3) so BGH NJW 1966, 1719 (1720) (Urt.v.22.6.1966)

4) BGH a.a.O.

5) so etwa Dahs sen., NJW 1965, 1265 (1266); Schmidt-Leichner, NJW 1965, 1309 (1310/1311); ders., NJW 1966, 1718 (1720), Anm.zu der Entscheidung des BGH v.5.4.1966 (=NJW 1966, 1718) Grünwald, JZ 1966, 489 (495); Jerusalem, NJW 1966, 1278 (1279); Kunert, MDR 1967, 539; Eb. Schmidt, NJW 1968, 1209; Schünemann, MDR 1969, 101; Stree, JZ 1966, 593

das Verwertungsverbot des § 136 a zumindest analog an.¹⁾ Das vom BGH herangezogene argumentum e contrario aus § 136 a Abs. 3 S. 2 wird als nicht überzeugend abgelehnt, da es genau das Gegenteil dessen beinhalte, was der BGH daraus gefolgert habe. Der auf § 136 n.F. bezogene Umkehrschluß könne nämlich nur besagen, daß im Falle des § 136 die Verwertung einer vom unbelehrt gebliebenen Beschuldigten erlangten Information mit seiner Zustimmung verwertbar sei.²⁾ Daß § 136 ein Verwertungsverbot expressis verbis nicht enthalte, sei deshalb irrelevant, weil sich die Frage der Verwertung nach allgemeinen strafprozessualen Grundsätzen richte, die im Fall des § 136 eben die Unverwertbarkeit bei fehlender Belehrung erforderlich machten.³⁾ Damit sei auch der Vergleichbarkeit mit § 136 a.F. als - unterstellt - bloßer Ordnungsvorschrift der Boden entzogen. Vielmehr gehöre § 136 mit zu jenen Verfahrensvorschriften, "mit denen das Gesetz die Rechtsstaatlichkeit als solche sichern" wolle.⁴⁾ Eine Klassifizierung als Ordnungsvorschrift aber verleite zur Nachlässigkeit, da eine Revisionsgefahr nicht zu befürchten sei.⁵⁾ Ob der Beschuldigte möglicherweise bereits durch den Verteidiger auf sein Recht hingewiesen worden sei, könne keine Rolle spielen, da niemand seine Verfahrensrechte ver-

1) vgl. FN 5) auf S. 309; dagegen Löwe-Rosenberg-Meyer a.a.O.

2) Schünemann, a.a.O., 102; Kunert a.a.O.

3) Schünemann a.a.O. hielte eine ausdrückliche Regelung der Verwertbarkeit in § 136 sogar für schädlich, "denn die Rechtsprechung wäre dadurch in die Gefahr geraten, für andere Fälle daraus ein argumentum e contrario zu entnehmen."

4) vgl. Schmidt-Leichner, NJW 1966, 1718 (1720), der im übrigen offenläßt, ob § 136 a.F. zu Recht der Charakter einer bloßen Ordnungsvorschrift zugewilligt worden sei.

5) Schmidt-Leichner, a.a.O., 1719

wirke, selbst wenn er sie genau kenne.¹⁾ Im übrigen könne solche Kenntnis nicht einfach vermutet werden. "Prozeßrechtlich erhebliche Tatsachen müssen festgestellt, sie dürfen nicht unterstellt werden."²⁾ Im Gegensatz zum BGH kommt die herrschende Meinung im Schrifttum also zur Unverwertbarkeit aller Angaben, die der nicht belehrte Beschuldigte gemacht hat.³⁾

cc) Stellungnahme

Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn während die Argumente des BGH einer genaueren Überprüfung nicht standhalten können, vermögen die im Schrifttum vorgebrachten Argumente durchaus zu überzeugen. Ob § 136 a.F. als bloße Ordnungsvorschrift einzustufen war⁴⁾, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn man diese Annahme einmal als richtig unterstellt, rechtfertigt es der Wortlaut der Neufassung, in ihr zwingendes Recht im Sinne des § 337 Abs. 2 zu sehen. Dies kommt durch strengere Formulierungen wie "ist", "sind", "wird" zum Ausdruck, die nicht auf eine Sollvorschrift⁵⁾, sondern vielmehr auf

-
- 1) Schmidt-Leichner a.a.O., unter Widerspruch zu BGH NJW 1966, 1719 (1720) (Urt.v.22.6.1966); zustimmend Eb.Schmidt, NJW 1968, 1209 (1212)
 - 2) Eb. Schmidt a.a.O., der auf die Unwissenheit sogar juristisch vorgebildeter Personen in dieser Hinsicht hinweist, S. 1215
 - 3) Unschädlichkeit der Nichtbelehrung kann allerdings insoweit anerkannt werden, als entweder der Angeklagte sich tatsächlich über sein Recht im klaren war oder er, auch wenn dies nicht der Fall war, erklärt, die Aussage gleichermaßen bei vorheriger Belehrung gemacht zu haben; vgl. Eb.Schmidt a.a.O., 1217; Schünemann a.a.O., unter Hinweis auf § 337
 - 4) vgl. FN 1) auf S. 309
 - 5) So zu Recht Schmidt-Leichner, NJW 1966, 1718 (1720); ähnlich Eb. Schmidt, NJW 1968, 1209 (1211). OLG Bremen, NJW 1967, 2022(2023) weist ausdrücklich auf den "Gegensatz zu der im nächsten Absatz enthaltenen "Soll"-Bestimmung" hin.

den bindenden Charakter der Norm hinweisen sollen. Wenn der BGH einwendet, auch nach der alten Fassung des Gesetzes habe es dem Beschuldigten frei gestanden, sich zu äußern, dies solle ihm durch die Neufassung nur deutlicher vor Augen geführt werden¹⁾, so vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. Wenn durch das StPAG eine umfassende prozessuale Absicherung der Beschuldigten-Rechte bezweckt war²⁾, so müßte es im Hinblick auf § 136 als "untauglicher Versuch" angesehen werden, wollte man auf der zuvor zu § 136 a.F. vertretenen Ansicht beharren.

Schmidt-Leichner weist mit Recht darauf hin, daß es ein Unterschied ist, ob jemand gefragt wird, ob er aussagen wolle oder ob er darauf hingewiesen wird, daß es ihm frei stehe, nicht zur Sache auszusagen, ohne daß ihm daraus Nachteile erwachsen könnten.³⁾ Mag dies aus der Sicht der Strafverfolgungsorgane auch bisweilen als eine bedauerliche Behinderung der Wahrheitsfindung erscheinen, so sind dieser doch Grenzen gesetzt, deren eine in § 136 ihren Niederschlag gefunden hat.⁴⁾ "Daß niemand zu seiner eigenen Verurteilung beiträgt, ist von der - unbedingt sicherzustellenden - Freiwilligkeit abhängig, das Interesse an der Wahrheitsfindung hat demgegenüber zurückzutreten."⁵⁾

Im übrigen vermag nicht recht einzuleuchten, daß der Gesetzgeber allein aus Gründen der Verdeut-

1) so BGHSt 22, 170 (174)(Urt.v.31.5.1968)

2) vgl. oben S. 235 ; außerdem Eb. Schmidt NJW 1968, 1209

3) vgl. Eb. Schmidt a.a.O.

4) vgl. aber Kohlhaas, NJW 1965, 2282 (2283); ders., NJW 1967, 958

5) so Grünwald, JZ 1966, 489 (495)

lichung eine Novellierung in dieser Form vorgenommen haben sollte. Wenn nach beiden Gesetzesfassungen ein Unterlassen letztlich prozessual ohne Konsequenzen bliebe - so bekanntlich die Ansicht der Rechtsprechung - hätte es wohl einer dringender formulierten Aufforderung auf dem Wege gesetzlicher Neufassung nicht bedurft. Der Hinweis des BGH, der Beschuldigte werde auf sein Aussageverweigerungsrecht beizeiten durch seinen Verteidiger in Kenntnis gesetzt¹⁾, - die zitierte Entscheidung behandelt das Problem unter dem revisionsrechtlichen Gesichtspunkt, ob das Urteil auf der Nicht-Belehrung gemäß § 243 Abs. 4 beruhen könne²⁾ - mag in praxi zwar zutreffen, kann indes rechtlich zu keiner anderen Bewertung führen. Diesem Kriterium kann schon deshalb keine allgemeine Bedeutung zukommen, weil vorausgesetzt wird, daß der Beschuldigte einen Verteidiger hat; wenngleich dies der Regelfall sein wird, kann es dennoch nicht für alle Fälle unterstellt werden.

Das in die gleiche Richtung zielende Argument, § 136 sei auch in seiner neuen Fassung nur Ordnungsvorschrift, weil der um seine Aussagewilligkeit befragte Beschuldigte wisse, daß er auch ein Recht zu schweigen habe³⁾, kann deshalb nicht überzeugen, weil dieses Wissen eben nicht einfach unterstellt werden kann. "Bei Beschuldigten, die rechtsunkundig sind, muß also ein auf fair trial, auf rechtsstaatliche Justizgewährung bedachter

1) BGH NJW 1966, 1719 (1720)(Urt.v.22.6.1966)

2) Dencker, Verwertungsverbote, 16, kritisiert, daß heute überwiegend eine Gleichsetzung "der Frage nach der Revisibilität einer Beweisverbotsverletzung und derjenigen, ob auf die Verletzung eines Beweisverbotes ein Verwertungsverbot folge" vorgenommen werde, ohne daß diese Gleichsetzung bislang einer ausreichenden Erörterung unterzogen worden sei.

3) vgl. oben FN 4) auf S. 309

Gesetzgeber davon ausgehen, daß der Beschuldigte seine "Rechte" dem strafverfolgenden Staat gegenüber und seine prozessualen Möglichkeiten normalerweise nicht kennt."¹⁾

Wollte der Gesetzgeber das entsprechende Wissen bei dem Beschuldigten unterstellen, wären letztlich alle, eine Belehrung des Beschuldigten postulierenden Normen ineffektiv; sie würden dem Beschuldigten zwar formell-rechtlich Schutz bieten, dieser Schutz fände indes keinen Niederschlag in dem letztlich allein relevanten Bereich der Verwertbarkeit der ohne Beachtung genannter Normen erlangten Aussagen.

Auch das argumentum e contrario aus § 136 a Abs. 3 S. 2²⁾ vermag eine andere rechtliche Würdigung nicht zu tragen. Zu Recht wird in der Literatur die Ansicht vertreten³⁾, daß der dieser Vorschrift zu entnehmende Umkehrschluß ein anderer als der vom BGH zugrundegelegte sei. Denn in § 136 a Abs. 3 S. 2 ist nicht die allgemeine Unverwertbarkeit der unter Verstoß gegen Abs. 1 und 2 erlangten Informationen normiert, sondern lediglich die Unverwertbarkeit trotz Einwilligung des betroffenen Beschuldigten. Konsequenterweise kann ein Umkehrschluß auch nur diesen Teilbereich umfassen und nur, wie Schönemann⁴⁾ zutreffend konstatiert, folgenden Inhalt aufweisen:

1) So mit Recht Eb. Schmidt, NJW 1968, 1209 (1215), der behauptet, entsprechendes Wissen sogar in der 2. juristischen Staatsprüfung aufgrund eigener Erfahrungen nicht selten vermißt zu haben.

2) vgl. oben S. 310

3) vgl. FN 1) auf S. 310

4) Schönemann, MDR 1969, 101; im Ergebnis ebenso Kunert, MDR 1967, 539 (540), der allerdings zur Begründung auf das Täuschungsverbot des § 136 a verweist. Siehe auch Hanack, JZ 1971, 168 (169)

"Bei § 136 ist die Verwertung einer ohne Belehrung erfolgten Aussage des Beschuldigten mit seiner Zustimmung gestattet."

Die Nicht-Erwähnung eines Verwertungsverbotes in § 136 vermag somit die von der Rechtsprechung vertretene Ansicht nicht zu justifizieren.

Es ist letztlich auch kein überzeugendes Argument ersichtlich, demzufolge bei fehlender Normierung der Unverwertbarkeit zwingend Verwertbarkeit angenommen werden müßte. Vielmehr führen die oben aufgezeigten Überlegungen dazu, dem aus § 337 zu deduzierenden Anspruch des Beschuldigten auf ein justizförmiges Verfahren durch ein Verwertungsverbot Rechnung zu tragen.¹⁾ Dieser "Justizgewährungsanspruch", wie er seinerzeit von Goldschmidt²⁾ bezeichnet worden und seither im prozeßrechtlichen Schrifttum weitgehend auf Anerkennung gestoßen ist³⁾, beinhaltet den Anspruch darauf, daß alle Prozeßbeteiligten - insbesondere auch die staatlichen Organe - sich streng an die Vorschriften des Prozeßrechts halten.⁴⁾

dd) Besonderheit der Sachverständigentätigkeit

Dieses für die Belehrung vor Vernehmung durch die Strafverfolgungsorgane gewonnene Ergebnis

1) So im Ergebnis auch die unter FN 5) auf S. 309 aufgeführten Autoren

2) Goldschmidt, 78

3) vgl. etwa Eb.Schmidt, LK Teil I, Rdnr. 16, 17 m.w.N.; ders., JZ 1958, 596; Henkel, § 21 III 2 (S. 94)

4) vgl. Zitate in FN 3) oben; dazu noch Eb. Schmidt, ZStW 1953, 161 (164): "Gerade die Strafjustiz soll...als ernsteste Bewährung der Idee der Gerechtigkeit das Verpflichtetsein des Staates gegenüber dem Recht dokumentieren... und das Vertrauen auf den Rechtswillen des Staates stärken."

kann auch im Hinblick auf die Tätigkeit des Sachverständigen im Strafprozeß keine Änderung erfahren. Auch oder gerade die gegenüber dem Sachverständigen bestehenden Rechte werden dem Großteil der Beschuldigten unbekannt sein.¹⁾ Will man einen umfassenden Schutz des Beschuldigten erreichen, so kann es selbstverständlich keine Rolle spielen, ob Aussagen über Richter, Staatsanwalt oder Sachverständigen Eingang in den Prozeß finden und dort verwertet werden. Außerdem besteht bekanntlich die Belehrungspflicht auch beim Tätigwerden des Sachverständigen für den Auftraggeber, das Strafverfolgungsorgan.²⁾ Es kann auch keine differenzierte Behandlung bei Befundtatsachen einerseits, Zusatztatsachen andererseits oder innerhalb bzw. außerhalb des Auftrages erlangte Informationen vorgenommen werden, da der Schutz des Beschuldigten weder davon abhängen kann, ob der Ermittler sachkundig ist oder nicht, noch davon, ob der Sachverständige die Information zufällig noch innerhalb oder bereits außerhalb des Auftrages erlangt hat.³⁾ Folglich müssen Angaben des zuvor nicht belehrten Beschuldigten gegenüber dem Sachverständigen grundsätzlich unverwertbar sein.

1) Vgl. dazu Ausführungen S. 188ff zum Belehrungsbedürfnis; außerdem Arzt, JZ 1969, 438 FN 5)

2) vgl. oben S. 238 ff.

3) vgl. dazu oben die Ausführungen zur Frage der Beschränkung der Belehrungspflicht, S. 250 ff.

c) Nicht-Belehrung über Zeugnisverweigerungsrecht

aa) Vergleich mit Beschuldigtenbelehrung

Gleiches muß auch gelten, wenn der Sachverständige außerhalb der Hauptverhandlung einen Zeugen befragt, ohne daß dieser zuvor über sein Recht, das Zeugnis zu verweigern, belehrt worden wäre und dieser Zeuge dann in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Daß der Sachverständige nicht vernehmen darf, wurde bereits dargelegt¹⁾; desgleichen, daß er dennoch eigene Ermittlungen in bestimmtem Umfang vornehmen darf²⁾, diese Ermittlungen aber in rechtsstaatlichen Bahnen ablaufen müssen und demzufolge eine Belehrungspflicht für den Auftraggeber besteht.³⁾

Die Einführung so ermittelter Tatsachen erfolgt entweder über das Gutachten oder durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen und/oder des befragten Zeugen selbst in der Hauptverhandlung.⁴⁾

Verweigert der Zeuge dort die Aussage, so wird in der Rechtsprechung bezüglich der Zusatztatsachen Unverwertbarkeit angenommen, bezüglich der Befundtatsachen hingegen Verwertbarkeit.⁵⁾

bb) Meinung der Rechtsprechung

Die grundsätzliche Unverwertbarkeit belastender Angaben eines angehörigen Zeugen hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 15. Januar 1952 ausgesprochen.⁶⁾

1) vgl. oben S. 63 ff.

2) vgl. oben S. 139 ff.

3) vgl. oben S. 238 ff.

4) vgl. oben S. 289 ff.

5) vgl. oben S. 292

6) BGHSt 2, 99 (Urt.v.15.1.1952)

Dabei stützt sich der BGH¹⁾ im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts, das in ständiger Übung die Vernehmung der Verhörs-person einer früheren Vernehmung für zulässig erachtet hatte²⁾, auf § 252, in dem nicht nur ein Verlesungs- oder ein Verwertungsverbot der Niederschrift, sondern "ein Verwertungsverbot schlechthin" gesehen wird.³⁾ Der BGH begründet seine Ansicht mit dem systematischen Zusammenhang, in welchem § 252 steht, seiner Entstehungsgeschichte und dem mit § 252 verfolgten Zweck. Allein in letzterem sieht der BGH einen ausreichenden Grund für seine Ansicht, da bei gegenteiliger Annahme die Vorschrift im Hinblick auf § 250 überflüssig wäre.⁴⁾

-
- 1) BGH a.a.O.; ebenso OLG Düsseldorf, HEST 1, 174 (Urt.v.24.7.1947); OLG Bamberg, SJZ 1948, 471 (Urt.v.24.3.1948) (mit zustimmender Anmerkung von Sachs, a.a.O., 474); OLG München, HEST 2, 98 ff. (Urt.v.13.10.1948); OLG Bremen, SJZ 1950, 463 (Urt.v.11.8.1949); OLG Nürnberg, SJZ 1950, 463 (Beschl.v.11.2.1949)
- 2) so z.B. Rspr. RGSt 3, 449 (Urt.v.30.6.1881); Rspr. RGSt 3, 678 (Urt.v.1.11.1881); RGSt 16, 119 (Urt.v.26.5.1887); RGSt 35, 5 (Urt.v.21.11.1901); RGSt 48, 246 (Urt.v.5.5.1914). Dabei wurde die Vernehmung eines Polizeibeamten immer für zulässig erachtet - RGSt 70, 6 (Urt.v.3.12.1935) -, die eines Richters dann, wenn dieser den Zeugen zuvor belehrt hatte, so z.B. RG JW 1932, 419 (Urt.v.22.5.1931). Eine Einschränkung machte das RG zunächst nur insoweit, als die Verwertung der Niederschrift der Vernehmung als Gedächtnisstütze der Verhörs-person abgelehnt wurde, vgl. RGSt 8, 122 (Urt.v.5.2.1883); 27, 29 (Urt.v.14.2.1895); 51, 121(123) (Urt.v.16.6.1917); diese Einschränkung wurde allerdings seit der Entscheidung vom 23.5.1938 (= RGSt 72, 221) nicht mehr gemacht.
- 3) BGHSt 2, 99 (101) (Urt.v.15.1.1952)
- 4) BGH a.a.O., 102

Eine Ausnahme läßt der BGH nur für den Fall zu, daß der Zeuge bei einer früheren richterlichen Vernehmung ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden ist.¹⁾ In diesem Ausnahmefall müsse die der gesamten Problematik zugrundeliegende Abwägung zwischen dem im Interesse der Allgemeinheit liegenden Verfahrensgrundsatz der Wahrheitserforschung einerseits und dem im Individualinteresse liegenden Anspruch, der Pressure des Zeugniszwanges wegen der besonderen persönlichen Beziehung nicht ausgesetzt zu sein, andererseits, eben anders gelöst werden, da "die berechtigten Forderungen der Allgemeinheit nach wahrheitsgemäßer Aufklärung von Straftaten nicht weiter zurückzutreten brauchen, als es die schutzwürdigen Interessen des weigerungsberechtigten Zeugen verlangen!"²⁾ Den Sachverständigen hat der BGH bei seiner Differenzierung bekanntlich nicht den richterlichen Verhörspersonen zugeordnet³⁾, so daß insoweit Unverwertbarkeit des von ihm zuvor Erfragten anzunehmen wäre.

cc) Stellungnahme zum BGH

Ohne an dieser Stelle bereits eine abschließende Stellungnahme abgeben zu wollen, muß die Begründung des BGH für seine differenzierende Betrachtung als nicht (mehr) überzeugend verworfen werden. Ihr ist durch gesetzliche Neufassungen mittlerweile der Boden entzogen worden. Der BGH⁴⁾ hatte darauf hingewiesen, daß die Strafprozeßordnung einen klaren Unterschied mache zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Ver-

1) BGH a.a.O., unter Berufung auf OGHSt 1, 299 (Urt.v.5.3.1949)

2) BGH a.a.O., 105

3) vgl. oben S. 293/294

4) vgl. BGH a.a.O., 106

nehmungen, der sich in der nur für den Richter bestehenden Belehrungspflicht des § 52 Abs. 3 demonstrierte.¹⁾ Durch § 163 a Abs. 5, der auf die entsprechende Anwendung des § 52 Abs. 3 für Polizeibeamte verweist, und § 161 a Abs. 1, der für Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft die Vorschriften des 6. Abschnitts des 1. Buches - und damit auch § 52 Abs. 3 - für anwendbar erklärt, läßt sich diese Differenzierung des BGH kaum mehr aufrecht erhalten.²⁾

Es wäre sicherlich verfehlt, nunmehr eine Gleichbehandlung im Sinne allgemeiner Verwertbarkeit anzunehmen.³⁾ Eine solche Handhabung würde dem StPÄG völlig zuwiderlaufen, würde dieses als einen "Schlag ins Wasser" erscheinen lassen.

Es ist auch kaum anzunehmen, daß eine dahingehende Entwicklung von dem BGH angestrebt war, als die Differenzierung in richterliche und nicht-richterliche Vernehmung vorgenommen wurde.

Näherliegend dürfte sein, daß der BGH die Kollision zwischen den beiden tangierten Verfahrensgrundsätzen⁴⁾ zum damaligen Zeitpunkt nicht einseitig zugunsten des einen oder anderen lösen

1) Der BGH bezieht sich noch auf § 52 Abs. 2, in dem die Belehrungspflicht vor dem StPÄG normiert war. Auch Panhuysen, 69, stellt auf die Differenzierung des BGH ab und begründet damit ihr Verwertungsverbot.

2) So im Ergebnis auch Grünwald, JZ 1966, 489 (498), der sich allerdings nur auf § 163 a Abs. 5 beruft, unter Bezugnahme auf Peters, Lehrbuch, 270, sowie Peters, Gutachten, 91 (118)

3) Dies aber will offenbar Kohlhaas, NJW 1965, 1254, der eine solche Lösung als nicht akzeptabel bezeichnet, andererseits aber nicht verkennet, daß eine Verwertbarkeit nicht im Interesse der "Reformer" sein könne, womit offensichtlich der Gesetzgeber des StPÄG angesprochen ist.

4) vgl. oben S. 319

wollte und sich angesichts der nicht existenten Belehrungspflicht für Staatsanwaltschaft und Polizei die vorgenommene Differenzierung anbot. Eine Entscheidung zugunsten allgemeiner Verwertbarkeit unter heute geltenden Vorschriften läßt sich wohl nicht herleiten. Sie wäre auch im Ergebnis abzulehnen.¹⁾

Daran kann sich auch dadurch nichts ändern, daß den Sachverständigen selbst nach dem Gesetz keine Belehrungspflicht trifft.²⁾ Entscheidend kann allein sein, daß überhaupt eine Belehrungspflicht besteht - die des Auftraggebers nämlich.

dd) Literaturansicht

Auch die herrschende Meinung im Schrifttum³⁾ nimmt in Übereinstimmung mit dem BGH bei § 252 nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein Verwertungsverbot an. Daß die Aussage eines in der Hauptverhandlung das Zeugnisverweigerungsrecht ausübenden Zeugen unverwertbar sein müsse, ergebe sich einmal daraus, daß niemand gezwungen werden solle, zur Überführung eines Angehörigen beizutragen⁴⁾; zum anderen daraus, daß Rücksicht genommen werden müsse auf das menschliche Bedürfnis, sich einem Verwandten anvertrauen zu können, ohne die Befürchtung hegen zu müssen,

1) So auch Grünwald, JZ 1966, 489 (498)

2) Vgl. oben S. 199

3) vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 252, Rdnr. 5 ff.; Löwe-Rosenberg-Kohlhaas, § 52, Anm. 6/7 m.w.N.; Grünwald, JZ 1966, 489 (497); von Hippel, 391, 424; a.A.: KMR, 6. Aufl., (7. Aufl. insoweit noch nicht erschienen), § 252, Anm. 1

4) So z.B. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Grünwald a.a.O.

das so Anvertraute könne unter Umständen hernach zur Überführung des Verwandten verwertet werden.¹⁾

Schließlich wird das Verwertungsverbot teilweise auch damit begründet, daß das Zeugnisverweigerungsrecht auch im Interesse der Wahrheitsfindung liege, bei verwandten Zeugen die Gefahr einer falschen Aussage nicht von der Hand zu weisen sei, deren Verwertung aber verhindert werden müsse.²⁾

-
- 1) Vgl. Löwe-Rosenberg-Gollwitzer a.a.O.; Grünwald a.a.O.; Schneidewin, JR 1951, 481 (487)
 - 2) So Eb. Schmidt, JZ 1958, 596 (599), der in einem kurzen Abriß auf die rechtsstaatlichen Hintergründe der betreffenden Vorschrift verweist und damit dem GSS des BGH widerspricht, der in der Entscheidung vom 21.1.1958 (=BGHSt 11, 213) die §§ 52, 55 aus dem Zusammenhang der Wahrheitsfindungsproblematik herauszulösen versucht hat. Ebenso: Sax a.a.O.; Busch, JZ 1953, 703, unter Berufung auf die Entscheidung des RG vom 17.1.1890 (=RGSt 20, 186). Auch Gossrau, MDR 1958, 468 (469/470) sieht in der Gefahr für die Wahrheitsfindung einen Grund für § 52 Abs. 2. Dies versucht er damit zu belegen, daß ansonsten eine Revision zuungunsten des Angeklagten durch die Staatsanwaltschaft nicht zulässig sein könne. Hier versagt nach seiner Ansicht die Rechtskreistheorie des BGH, der ausdrücklich feststellt, § 52 Abs. 2 diene nicht der Wahrheitsfindung (vgl. Beschl. des GSS v. 21.1.1958). a.A.: Beling, Beweisverbote, 10ff., dessen Ansicht von Eb. Schmidt a.a.O. als "ganz unhistorisch" verworfen wird. Auch Grünwald a.a.O. äußert Bedenken da die Gefahr für die Wahrheitsfindung schließlich auch bei einer freiwilligen Aussage gelten müsse, deren Verwertbarkeit indes unbestritten sei. Jedenfalls glaubt Grünwald, daß das Verwertungsverbot in diesem Gedanken keine Stütze finden könne, da die in dieser Hinsicht bestehende Gefahr nur für zugunsten des Angehörigen sprechende Aussagen gegeben sei, während die belastende Aussage von dem gegenüber Verwandten bestehenden Mißtrauen - unterstellt, dieses habe für die Anerkennung des Zeugnisverweigerungsrechts eine Rolle gespielt - nicht betroffen sein könne.

ee) Zusammenfassende Stellungnahme

Man kann gegen die hier dargelegten Argumente sicherlich Bedenken vorbringen. So beispielsweise gegen die Unzuverlässigkeit des Beweismittels, die wohl mehr dem Bereich freier richterlicher Beweiswürdigung apponiert werden muß, solange man nicht zu einem vollständigen Verbot der Verwertung von Zeugenaussagen Verwandter kommt, da ja die freiwillig gemachten, im Regelfall sicher zugunsten des Angehörigen sprechenden Aussagen¹⁾ mit dem gleichen Odium der Unzuverlässigkeit behaftet sind, was ihre Verwertbarkeit indes nicht hindert.²⁾

Im Ergebnis aber bestehen gegen die Annahme der Unverwertbarkeit keine Bedenken, sieht man einmal von der Differenzierung des BGH ab.³⁾

§ 252 ist daher zwar nicht seinem Wortlaut, wohl aber Inhalt und Zweck nach eindeutig. Da die Vorschrift nicht an einen Verfahrensverstoß anknüpft, vielmehr die Verlesbarkeit der Niederschrift einer ansonsten einwandfrei - nach vorangegangener Belehrung - zustandegekommenen Vernehmung ausschließt, muß diese Konsequenz wohl erst recht gezogen werden, wenn der Vernehmung ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 52 Abs. 2 vorliegt. Es würde andernfalls dem Zeugen das wieder genommen werden, was der Gesetzgeber ihm mit Schaffung des Verweigerungsrechts geben wollte, wenn es zulässig sein würde, den Zeugen

1) Allerdings sind auch zuungunsten des Angehörigen sprechende freiwillige Aussagen nicht automatisch als zuverlässiger einzustufen, da natürlich auch eine bewußte Schädigung unter Angehörigen nicht ganz ausgeschlossen werden kann.

2) Darauf weist ja auch Grünwald hin, vgl. FN 2) auf S. 322

3) vgl. oben S. 317 ff.

ohne Rücksicht auf sein Verweigerungsrecht derselben seelischen Belastung auszusetzen, die zu vermeiden gerade Sinn und Zweck des Verweigerungsrechtes ist. Dies aber wäre der Fall, würde man den Inhalt einer früheren Aussage verwerten und zur Urteilsgrundlage machen.

Es ist daher ein grundsätzliches Verwertungsverbot von Aussagen verwandter Zeugen, die in der Hauptverhandlung ihr Zeugnis gemäß § 52 berechtigterweise verweigern, anzunehmen.¹⁾

Ein solches umfaßt sowohl Befund- als auch Zusatztatsachen, sowohl innerhalb als auch außerhalb des Auftrages Erfragtes. Die Untauglichkeit diesbezüglicher Differenzierungen wurde oben im Zusammenhang mit einer denkbaren Beschränkung der Belehrungspflicht aufgezeigt.²⁾ Aus den dort dargelegten Gründen läßt sich hinsichtlich der Verwertbarkeit keine andere Behandlung vertreten.

- d) Nicht-Belehrung über Freiwilligkeit der Untersuchung im Rahmen des § 81 c StPO bei Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht

Betrachtet man unter diesem Ergebnis die Frage der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus den in § 81 c genannten bzw. diesen gleich zu behandelnden Untersuchungen³⁾, so liegt es nahe, bei fehlender Belehrung von Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht über das Recht, die Untersuchung

1) So BGHSt 2, 99 (Urt.v.15.1.1952); vgl. auch FN 1) auf S. 318 sowie FN 1) auf S. 321; außerdem noch Henkel, 398 f.; Spindel, JuS 1964, 465 (470); Gossrau, MDR 1958, 468

2) vgl. oben S. 250 ff.

3) vgl. dazu oben S. 221 ff.

abzulehnen - § 81 c Abs. 3 S. 1 - ebenfalls Unverwertbarkeit des so Erforschten anzunehmen.¹⁾ Dafür spricht zunächst bereits die in § 81 c Abs. 3 normierte Verweisung auf § 52 Abs. 3, die eine Komparabilität beider Fälle indiziert.

aa) BGH

Auch der BGH weist auf "die äußere Konfliktlage" hin, auf die § 52 abstelle, die auch bei § 81 c gegeben sei, "da die Duldungspflicht des § 81 c Abs. 2 nur im Rahmen der Zeugnispflicht besteht."²⁾ Eine Verletzung des § 81 c unter diesem Gesichtspunkt gebe daher dem Angeklagten unter den weiteren Voraussetzungen des § 337 die Revisionsmöglichkeit. Unverwertbarkeit müsse konsequenterweise die Folge sein.³⁾

bb) Eb. Schmidt

Eb. Schmidt, der dem BGH in diesem Punkt uneingeschränkt zustimmt⁴⁾, verweist zur Begründung des Verwertungsverbotes auf eine doppelte Rechtsverletzung bei fehlender Belehrung: einmal habe

1) So im Ergebnis auch Grünwald, a.a.O., 499, der zwar eine irreparable Verletzung des Rechts aus § 81 c annimmt, wenn die dort genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, eine körperliche Untersuchung gleichwohl durchgeführt worden ist und in solchen Fällen grundsätzlich eine Verwertbarkeit bejaht, der aber die Fälle des Untersuchungsverweigerungsrechts ausdrücklich ausnimmt.

2) so BGHSt 12, 235 (Beschl.v.8.12.1958)

3) BGH, a.a.O., 242/243; eine nähere Begründung für die Revisionsmöglichkeit gibt der BGH allerdings nicht. Man kann wohl davon ausgehen daß der BGH dabei von den Grundsätzen seiner Rechtskreistheorie ausgegangen ist, vgl. dazu BGHSt 11,213; so auch KMR, 6.Aufl., Vorbem. § 48, Anm.2c(3), dort wird der Begründung des BGH in dem Beschluß v.8.12.1959 (=BGHSt 12,235) allerdings bereits der Hinweis auf die Rechtskreistheorie entnommen, was indes nur eine Vermutung sein kann. (So zu Recht Eb. Schmidt, JR 1959, 369 (373)).

4) Eb. Schmidt, JR 1959, 369 (372)

der Betroffene ein ihm zustehendes Leistungsverweigerungsrecht nicht realisieren können, zum anderen sei ein prozeßrechtlicher Verstoß - Beweisgewinnung gegen bestehendes Verbot - zu bemängeln. "Die Folge muß die völlige Unverwertbarkeit der Aussage bzw. des Untersuchungsergebnisses sein."¹⁾

cc) Stellungnahme

aaa) Vergleich mit Zeugnisverweigerungsrecht

Dieser Beurteilung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Eine im Vergleich mit § 52 differenzierte Behandlung ist nicht gerechtfertigt, wenn der Sinn des § 52 in erster Linie darin zu sehen ist, daß niemand aktiv an der Verurteilung eines Verwandten mitzuhelfen gezwungen werden soll²⁾, denn dann muß dies in gleichem Maße gelten, wenn ein Verwandter beispielsweise auf seine Glaubwürdigkeit hin untersucht werden soll, um auf diesem Weg unter Umständen zur Überführung beizutragen.³⁾

bbb) Unterschiedliche Konfliktlage

Ein anderes Ergebnis läßt sich auch nicht unter Hinweis auf möglicherweise unterschiedliche Auswirkungen der besonderen verwandtschaftlichen Beziehungen rechtfertigen, dergestalt, daß sich die seelische Konfliktsituation zwar auf den Beweiswert einer Zeugenaussage, nicht aber auf

1) So Eb. Schmidt a.a.O.; vgl. auch ders., LK Teil II, Vorbem. zu §§ 52-56, Rdnr. 4; § 52 Rdnr. 19 ff.; vgl. dazu auch Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 139 ff.

2) vgl. oben S. 237

3) In dieser Weise hat sich bzgl. § 81 c Abs. 1 S. 2 der BGH in seiner Entscheidung vom 8.12.1959 (= BGHSt 12, 235) geäußert.

den einer Untersuchung auswirken könne.¹⁾ Eine dahingehende Differenzierung mag vielleicht im Einzelfall vorstellbar sein, als grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal erscheint sie indes ungeeignet. Es vermag nicht zu überzeugen, daß sich eine seelische Belastung nicht auch auf eine Untersuchung im Sinne des § 81 c auswirken können soll. Dies gilt doch umso mehr, als nicht nur körperliche Untersuchungen unter das Belehrungsgebot fallen, sondern auch Untersuchungen die Persönlichkeit betreffend.²⁾

Außerdem berücksichtigt die genannte Differenzierung nicht oder nicht in ausreichendem Maße, daß Grund für die Belehrungspflicht zumindest auch die seelische Konfliktsituation für den Zeugen selbst ist, ob diese sich nun auf den Untersuchungswert auswirken mag oder nicht.³⁾

Andererseits aber geht es auch nicht an, zwar die Persönlichkeitsuntersuchungen im Hinblick auf ihre Verwertbarkeit den Aussagen gleichzustellen, die körperlichen Untersuchungen dagegen zu exzipieren. Wenn man bezüglich der Belehrungspflicht alle Untersuchungen gleich behandelt mit der Überlegung, daß niemand "zu einem freiwilligen Beweisakt gegen einen verwandten Beschuldigten veranlaßt wird, ohne sich wenigstens der

1) So etwa Sax in KMR, 6.Aufl., Vorbem. § 48, Anm. 2 c (3), der darauf abstellt, daß § 81 c aus "Respekt vor der Persönlichkeit" des Zeugen errichtet worden sei und daher den Angeklagten nur dann tangieren könne, wenn ihre Verletzung zugleich den Wahrheitsgehalt der so gewonnenen Aussage in Frage stelle; a.A. nunmehr Paulus in der 7.Aufl., vgl. Vorbem. § 48, RdNr. 76.

2) Vgl. oben FN 3) auf S. 324

3) Daß die herrschende Meinung in einer derartigen Konfliktsituation des Zeugen allein keinen ausreichenden Grund für ein Verwertungsverbot sieht - vgl. etwa BGHSt 11, 213 zu § 55 - spielt keine Rolle, da dies im Hinblick auf § 81 c ja nicht der einzige Grund für ein Verwertungsverbot ist.

Konfliktlage bewußt gewesen zu sein¹⁾, so kann man diese Gleichstellung bei der Frage der Verwertbarkeit ohne überzeugenden Grund nicht wieder aufgeben. Im übrigen überzeugt das Argument möglicher Auswirkungen auf den Beweiswert eines Beweismittels meines Erachtens - darauf wurde oben bereits hingewiesen²⁾ - ohnehin nicht sonderlich.

In Ergebnis ist diese, von Sax vertretene Differenzierung daher abzulehnen und kann keine Änderung des zuvor gewonnenen Ergebnisses bewirken. Vielmehr ist im Einklang mit der wohl herrschenden Meinung an der Unverwertbarkeit solcher Untersuchungsergebnisse festzuhalten, deren Betroffener zuvor nicht richterlich über ein ihm zustehendes Untersuchungsverweigerungsrecht belehrt worden ist.

ccc) Kein Ausnahmefall bei vorheriger richterlicher Belehrung

Der von der herrschenden Meinung³⁾ zugelassene Ausnahmefall, nach richterlicher Belehrung und zunächst erfolgter, in der Hauptverhandlung dann aber widerrufener Aussage den Richter als Zeugen zu hören, kann - abgesehen von der Fragwürdigkeit solchen Vorgehens - im Zusammenhang mit § 81 c keine entscheidende Rolle spielen. Die Untersuchung im Rahmen des § 81 c wird von einem Sachverständigen vorzunehmen sein, folglich könnte allenfalls dieser als Zeuge in Betracht kommen.

1) So BGHSt 13, 394 (399) (Urt.v.14.10.1959)

2) vgl. Ausführungen S. 323

3) vgl. grundlegend BGHSt 2, 99 (Urt.v.15.1.1952)

Dies aber wird auch von den Stimmen in Literatur und Rechtsprechung abgelehnt, die einer richterlichen Zeugenvernehmung positiv gegenüberstehen.¹⁾

- e) Fehlende Belehrung über Freiwilligkeit der Untersuchung im Rahmen des § 81 c StPO bei Zeugen ohne Zeugnisverweigerungsrecht

- aa) Einführung

Fraglich ist, ob Unverwertbarkeit auch dann angenommen werden muß, wenn eine Verletzung der allgemeinen Belehrungspflicht im Rahmen des § 81 c vorliegt, wenn also beispielsweise ein Zeuge, dem kein Verweigerungsrecht zukommt, nicht auf die Freiwilligkeit der Mitwirkung bei einer Glaubwürdigkeitsuntersuchung hingewiesen wurde. Dies ist insbesondere deshalb fraglich, weil eine allgemeine Belehrungspflicht im Rahmen des § 81 c teilweise verneint und eine Beschränkung auf die Zeugen mit Verweigerungsrecht postuliert wird.²⁾ In dieser Arbeit wurde allerdings auch eine allgemeine Belehrungspflicht bejaht, um die Rechte der betroffenen Zeugen zu sichern.³⁾ Entscheidungen in der Rechtsprechung zu dieser Frage liegen verständlicherweise nicht vor, da der BGH eine Belehrungspflicht des Nicht-Angehörigen bekanntlich ablehnt, Verwertbarkeit von Untersuchungsergebnissen unbelehrt gebliebener Nicht-Angehöriger daher die konsequente Folge sein muß.⁴⁾

1) vgl. dazu Ausführungen S. 319

2) vgl. oben S. 222 ff.

3) So Ausführungen S. 230 f.

4) In der Entscheidung vom 14.10.1959 (=BGHSt 13, 394 (398)) läßt der BGH allerdings ausdrücklich offen, "ob in den Fällen dieses allgemeinen Verweigerungsrechts das ohne Einwilligung gewonnene Untersuchungsergebnis unverwertbar ist." Ob der BGH damit andeuten will, trotz fehlender allgemeiner Belehrungspflicht sei Unverwertbarkeit nicht auszuschließen, muß indes bezweifelt werden.

In der Literatur, die ja zum Teil eine allgemeine Belehrungspflicht bejaht, wird auch für diese Fälle ein Verwertungsverbot angenommen.

bb) Meinung Panhuysens

Panhuysen¹⁾ begründet ihre Forderung nach einem Verwertungsverbot mit einem Schluß a maiore ad minus: "Wenn schon in dem Weigerungsrecht des Angehörigen ein Beweisverbot enthalten ist, so muß sich ein solches aus dem allgemeinen Recht des Zeugen, nicht auf seine Glaubwürdigkeit untersucht zu werden, erst recht ergeben." Wenn beim Untersuchungsverweigerungsrecht des verwandten Zeugen das Verwertungsverbot aus dem Schutz des auf dem Angehörigenverhältnis beruhenden Intimbereichs resultiere, so müsse beim Untersuchungsverweigerungsrecht des nicht verwandten Zeugen das Verwertungsverbot sich aus dem Schutz des Intimcharakters der Person des Zeugen selbst ergeben.²⁾

cc) Stellungnahme

Sicherlich kann Panhuysen insoweit beigespflichtet werden, als im Strafprozeß "die Wahrheit über das Tatgeschehen nicht um jeden Preis"³⁾ erforscht

1) Vgl. Panhuysen, 86

2) Panhuysen, a.a.O.

3) So Panhuysen a.a.O.; a.A. Sauer, Allg. Prozeßrechtslehre, 138, demzufolge der "Zweck der Wahrheitsermittlung wertvoller ist als der Schutz der individuellen Freiheit und körperlichen Unversehrtheit" und folglich diese Rechtsgüter "sich dem obersten Prozeßzweck, Wahrheit und Gerechtigkeit, unterordnen müssen." In ähnlicher, wenngleich weniger krasser Form hat sich das RG in der Entscheidung vom 3.12.1935 (= RGSt 70, 6) geäußert: "Gegenüber dem allgemein das Strafverfahren beherrschenden Grundsatz der Wahrheitserforschung dürfen Vorschriften, die den Schutz von Einzelpersonen betreffen, nicht ausdehnend ausgelegt werden, wenn dadurch die Erforschung der Wahrheit beeinträchtigt werden würde."

werden darf. Den nur bedingten Vorrang der Wahrheitsfindung hat der Gesetzgeber ja unter anderem dadurch dokumentiert, daß in Einzelfällen der Wahrheitswert anderen, eben höher bewerteten Interessen unterzuordnen ist. Andernfalls gäbe es gar keine Verwertungsverbote.¹⁾ Ob ein solcher Fall bei Nichtbelehrung des Zeugen ohne Untersuchungsverweigerungsrecht anzunehmen ist, bedarf genauerer Abwägung.

aaa) Vergleich mit § 55 im Hinblick auf Rechtskreistheorie

Stellt man mit dem Bundesgerichtshof²⁾ darauf ab, ob der Rechtskreis des Angeklagten tangiert ist, so wird man Panhuysen widersprechen können. Wenn man in § 55 keine verfahrensrechtliche Absicherung auch des Angeklagten, sondern lediglich eine wirksamere Gestaltung des Persönlichkeitsrechts des betreffenden Zeugen sieht³⁾, muß daraus sicherlich die Folgerung gezogen werden, daß der Angeklagte in seinen prozessualen Rechten nicht betroffen sein kann, wenn eine Belehrung gemäß § 55 Abs. 2 unterbleibt.⁴⁾ Diese Überlegungen könnten analog auch für die allgemeine Belehrung nicht verwandter Zeugen gemäß § 81 c angestellt werden.⁵⁾ Diese Folgerung kann man

1) Dazu Ausführungen S. 304/305

2) vgl. FN 2) auf S. 305

3) So etwa BGHSt 1,39 (40)(Urt.v.27.2.1951); 11, 213(216) (Beschl.v.21.1.1958); BayObLG JZ 1953, 703 (mit ablehnender Anm. von Busch); Löwe-Rosenberg-Meyer, § 55, Rdnr. 1 m.w.N.; Eb. Schmidt, JZ 1958, 596

4) So BGH a.a.O.

5) Vermutlich würde der BGH sich in diesem Sinne entscheiden, wenn er eine Belehrungspflicht auch gegenüber Zeugen ohne Zeugnisverweigerungsrecht im Rahmen des § 81 c annähme.

aber - wie bereits erwähnt - zunächst nur ziehen, wenn die vom BGH vertretene Rechtskreistheorie zugrundegelegt wird.

bbb) Kritik an Rechtskreistheorie

Es würde zu weit führen, an dieser Stelle auf die dazu vertretenen Meinungen im einzelnen einzugehen.

(1) Literaturmeinung

Es soll insoweit auf die kritischen, die Theorie des BGH weitgehend ablehnenden Ausführungen von Gossrau¹⁾ und Eb. Schmidt²⁾ verwiesen und ihnen im Grundsatz zugestimmt werden. Das bedeutet, auch wenn in § 81 c - soweit es um die prozessuale Position des nicht verwandten Zeugen geht - letztlich nur die wirksamere Gestaltung von Rechten des Zeugen selbst bezweckt ist, entgegen der Meinung des BGH dennoch Unverwertbarkeit anzunehmen sein kann.

Bedenken gegen eine Verwertung sollten also nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtskreistheorie erhoben werden. Bedenken können auch nicht daher resultieren, daß eine allgemeine Belehrung über die Mitwirkungsfreiheit in § 81 c expressis verbis nicht enthalten ist. Dieser Gesichtspunkt kann nur für die Frage relevant sein, ob überhaupt eine allgemeine Belehrung anzunehmen ist oder nicht.³⁾

(2) Standpunkt Gossraus

Zweifel können allerdings erwachsen, wenn man vergleichsweise das von Gossrau im Zusammenhang

1) vgl. Gossrau, MDR 1958, 468

2) vgl. Eb. Schmidt, JR 1958, 596

3) vgl. dazu oben S. 221 ff.

mit § 55 Abs. 2 herangezogene Beispiel betrachtet.¹⁾ Gossrau belegt dort seine Ansicht - Unverwertbarkeit - wie folgt: Ein nicht gemäß § 55 Abs. 2 belehrter Zeuge sagt aus, obgleich die Aussage unter das partielle Aussageverweigerungsrecht des Abs. 1 gefallen wäre. Durch diese Aussage wird der Angeklagte überführt, der - wie Eb. Schmidt treffend bemerkt²⁾ - wenig Verständnis für die Argumentation aufbringen dürfte, durch die Aussage des Zeugen sei sein Rechtskreis nicht betroffen.

Fraglich ist, ob eine wie die von Gossrau dargestellte Situation im Zusammenhang mit § 81 c überhaupt eintreten kann. Es könnte sich ja allenfalls um das Ergebnis einer Untersuchung handeln, die der nicht verwandte Zeuge nicht gemäß § 81 c zu dulden verpflichtet gewesen wäre, um eine Glaubwürdigkeitsuntersuchung beispielsweise. Auf den ersten Blick scheint eine Komparabilität insoweit nicht gegeben. Die körperlichen Untersuchungen, bei denen eine Parallele einleuchtend ist, sind doch, soweit sie unter § 81 c fallen, von der Verweigerungsmöglichkeit gerade ausgenommen. Folglich kann die Frage der Belehrung dabei gar keine Rolle spielen. Dennoch wird man die Möglichkeit, daß eine die Ablehnung der Verwertbarkeit im Hinblick auf § 55 Abs. 2 vergleichbare Situation bei § 81 c gegeben ist, nicht gänzlich ausschließen können.

(3) Unverwertbarkeit wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung

Es fragt sich aber, ob nicht die Entscheidung für die Unverwertbarkeit allein mit dem Schutz des dem Zeugen zustehenden Persönlichkeitsrechts

1) so Gossrau, a.a.O., 469

2) Eb. Schmidt, a.a.O.

begründet werden kann. Unbestritten ist, daß der Gesetzgeber das durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 3 des Grundgesetzes garantierte Integritätsrecht des Zeugen - soweit der Eingriff nicht durch § 81 c legalisiert ist - zu dessen Disposition gestellt hat, der Zeuge sich folglich durch Einwilligung dieses Rechtes begeben kann. Konzidiert der Gesetzgeber dem Zeugen derart bestimmte Befugnisse, so wird man kaum sagen können, der Verzicht des Zeugen stelle eine bloße Formalie dar, deren Fehlen keine weiteren Auswirkungen nach sich ziehen könne. "Der Mangel der Einwilligung ist kein bloßer Formfehler, der ohne Einfluß auf das Beweisergebnis wäre", stellt Panhuysen mit Recht fest¹⁾ und entscheidet sich damit innerhalb der "natürlichen Stufung der Verfahrensvorschriften"²⁾ für eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 337 und Unverwertbarkeit.

Dem wird im Ergebnis beizupflichten sein, wenngleich die Begründung Panhuysens nicht voll überzeugen kann. Der von Panhuysen gezogene Erst-recht-Schluß scheint - da es im Strafrecht vorrangig um die Interessen des Angeklagten geht - allenfalls mit umgekehrter Zielsetzung überzeugend: Wenn schon die Verletzung eines dem Zeugen zustehenden Rechts die Unverwertbarkeit begründet, muß dies erst recht bei der Tangierung von Rechten des Angeklagten der Fall sein.

1) Panhuysen, 87

2) So BGH JZ 1958, 620 (Beschl.v.21.1.1958); gegen die Differenzierung des BGH hat sich Eb. Schmidt in JZ 1958, 596 (598) gewandt. Er erkennt zwar durchaus an, daß es unterschiedlich wertige Prozeßvorschriften gebe, so daß nicht jede Nichtbeachtung einer Prozeßnorm auch Unverwertbarkeit bedeute, will eine entsprechende Prüfung aber nicht vom Rechtskreis der Prozeßbeteiligten, sondern "vom Wesen der betreffenden Verfahrensvorschrift" aus vornehmen.

Damit soll nicht etwa inzidenter einer Bedeutungslosigkeit der Zeugenrechte das Wort geredet werden, wie die weiteren Ausführungen ergeben werden. Lediglich die Berechtigung dieses Erstrecht-Schlusses soll angezweifelt werden, zumal sich die Unverwertbarkeit auch ohne ihn begründen läßt.

(4) Justizgewährungsanspruch

Sie resultiert nämlich aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch¹⁾, dem Anspruch auf exakte Befolgung aller prozessualen Vorschriften durch die Strafverfolgungsorgane. Hinzu kommen muß allerdings - da eine Abstufung innerhalb der Verfahrensvorschriften anzuerkennen ist²⁾, auch wenn man nicht mit dem BGH der Rechtskreistheorie folgt -, daß der Verstoß gegen die allgemeine Belehrungspflicht über den Charakter eines bloßen Ordnungsverstoßes hinausgeht. Dies wird man bei § 81 c bejahen müssen; nicht nur, wenn es sich um einen Zeugen mit Untersuchungsverweigerungsrecht handelt. Der Anspruch eines Zeugen, bestimmte Untersuchungen und damit Eingriffe in die Unverletzlichkeit seiner Persönlichkeit nur freiwillig über sich ergehen lassen zu müssen, ist mehr als eine bloße Formalie, deren Beachtung im Belieben der Strafverfolgungsorgane steht, ganz abgesehen davon, daß dem betroffenen Zeugen unter Umständen strafrechtliche Schritte offen stehen.³⁾

1) vgl. dazu oben S. 315

2) siehe FN 2) auf S. 334

3) So im Ergebnis auch Eb. Schmidt, JZ 1958, 596 (597)

ccc) Ergebnis

Diese Überlegungen rechtfertigen es, auch bei Nichteinhaltung der allgemeinen Belehrungspflicht im Zusammenhang mit § 81 c Unverwertbarkeit der so gewonnenen Untersuchungsergebnisse anzunehmen.

f) Fehlende Belehrung über Recht aus § 55

Sind die Meinungen hinsichtlich der Unverwertbarkeit bei fehlender Belehrung gemäß § 52 einhellig, so stehen sie sich in der Frage der Verwertbarkeit einer in Unkenntnis des Auskunftsverweigerungsrechtes abgegebenen Aussage konträr gegenüber.

aa) Meinung des BGH

Die herrschende Meinung verneint im Unterschied zu § 52 ein Verwertungsverbot und lehnt einen mit der Revision zu rügenden Verfahrensfehler ab.¹⁾ So erkennt der BGH zwar an, daß im Falle des § 52 wie des § 55 der Staat sein Aufklärungsinteresse zurückgestellt habe, um dem Zeugen seelische Konflikte zu ersparen. Während jedoch im Falle des § 52 "der Rechtskreis des Angeklagten... unmittelbar berührt werde", wenn der Zeuge sein Recht nicht kenne, nehme das Auskunftsverweigerungsrecht allein auf die Persönlichkeit des Zeugen Rücksicht. Alleiniger Zweck des § 55

1) vgl. etwa RGSt 38,320(Urt.v.12.1.1906); BGHSt 1,39 (Urt.v.27.2.1951); 11,213 (Beschl.v.21.1.1958); BayObLG JZ 1953, 702 (Urt.v.6.5.1953); Erbs, § 55 Anm.II(für den Fall einer falschen Belehrung); Busch, Anm.zu BGH LM Nr.5 zu § 55 (Beschl.v.21.1.1958); Löwe-Rosenberg-Meyer, §55, Rdnr.22; Kleinknecht, § 55, Rdnr. 14; ders., NJW 1966, 1537; Grünwald, JZ 1966, 489 (499); Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 55, Anm. 5)

Abs. 2 sei es, "dem Zeugen, und nur ihm, einen Konflikt zu ersparen."¹⁾ An der Wahrung der Entschlußfreiheit des Zeugen aber könne der Angeklagte kein rechtlich zu schützendes Interesse haben und deren Nichtbeachtung könne ihm folglich auch kein Revisionsrecht geben.²⁾

Der BGH folgt damit der Meinung des RG zu § 55.³⁾ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß das RG eine gänzlich andere Rechtslage vorgefunden hatte, da eine Belehrungspflicht in § 55 nicht normiert war.⁴⁾ Erscheint daher die Ansicht des RG angesichts des damaligen Gesetzeswortlauts durchaus naheliegend - auf die auch gegen die Meinung des RG vorgebrachten Argumente soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden⁵⁾ -, so muß umgekehrt das Festhalten an dieser Meinung trotz inzwischen normierter Belehrungspflicht Bedenken hervorrufen. Der BGH⁶⁾ steht dabei allerdings auf dem Standpunkt, die Einführung des Abs. 2 in § 55 habe "die verfahrensrechtliche Stellung des Angeklagten nicht geändert" und zieht daraus im Hinblick auf die Rechtskreistheorie die oben dargelegte Folgerung.⁷⁾

1) So BGHSt 11, 213

2) vgl. BGH, a.a.O., unter Berufung auf RGSt 38, 320 (Urt.v.12.1.1906) und RGSt 48, 269 (Urt.v.16.5.1914) selbst für den Fall, daß der Zeuge durch eine wahrheitsgemäße Bekundung offenbaren müßte, daß er oder ein naher Angehöriger von ihm selbst an der Tat beteiligt war.

3) vgl. etwa RGSt 38, 320; RGSt 48, 269; in dieser Entscheidung bezieht sich das RG allerdings vorrangig auf § 53 Abs. 2

4) Abs. 2 ist erst durch das Vereinheitlichungsgesetz von 1950 in der heutigen Form eingeführt worden.

5) vgl. dazu etwa Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 60 ff.

6) So etwa BGHSt 1, 39 (Urt.v.27.2.1951)

7) vgl. S. 336

bb) Gegenteilige Ansicht in Rechtsprechung und Literatur

Ein beachtlicher Teil der Literatur und vereinzelt auch die Rechtsprechung¹⁾ gehen mit dieser erstgenannten Ansicht des BGH und anderer Teile der Literatur²⁾ nicht konform.

So hebt beispielsweise Alsberg-Nüse³⁾ hervor, daß zwar niemand ein subjektives Recht darauf habe, daß ein Zeuge tatsächlich von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch mache, wohl aber darauf, "daß das Gericht ordnungsmäßig prozediert."

Gossrau⁴⁾ stellt auf die Gefahr für die Wahrheitsfindung ab, die ihren Ursprung in der Konfliktsituation des Zeugen habe. Diese möge zwar bei § 55 von der des § 52 - hier führt Nichtbelehrung bekanntlich nach einhelliger Meinung zur Unverwertbarkeit⁵⁾ - different sein, eine graduelle Unterscheidung sei indes nicht erkennbar.

1) vgl. Alsberg-Nüse, 204 m.w.N.; siehe auch OLG Frankfurt, NJW 1951, 614 (Urt.v.28.3.1951) Busch, JZ 1953, 703 (Anm. zu der Entscheidung des BayObLG, siehe FN 1) auf S. 336), mittlerweile vertritt Busch offensichtlich eine andere Meinung, vgl. FN 1) auf S. 336; Niese, JZ 1953, 219 (223); Eb. Schmidt, LK Nachtragsband I, § 55, Rdnr. 2); ders., JZ 1958, 596; Gossrau, MDR 1958, 468

2) Siehe FN 1) auf S. 336

3) Alsberg-Nüse, 205, unter Berufung auf die Entscheidungen des RG vom 12.5.1922 (= RGSt 57, 63 (65) und vom 17.11.1936 (= RGSt 71, 21 (23)).

4) Gossrau, a.a.O., 470; diese Gefahr verkennt seiner Meinung nach auch nicht der BGH - Beschl. des GSS vom 21.1.1958 (= BGHSt 11, 213) - im Hinblick auf § 52 Abs. 2. Der BGH verfolge seine dort eingeschlagene Linie aber bei § 55 Abs. 2 nicht konsequent weiter.

5) So oben S. 323

Folglich sei auch eine gegenüber § 52 differenzierte Behandlung nicht zu rechtfertigen.

Eb. Schmidt, der die Rechtskreistheorie schon im Ansatz für verfehlt hält¹⁾, stellt ebenfalls auf die den Zeugnisverweigerungsrechten auch immanente Sorge um die Wahrheitsfindung ab²⁾, ohne indes die beiden Verweigerungsrechten - §§ 52, 55 - auch zugrundeliegende Konfliktsituation des Zeugen zu verkennen. Geerds³⁾ weist insbesondere auf die Parallelität zwischen Aussage- und Auskunftsverweigerungsrecht hin, die bezüglich der Verwertbarkeit keine unterschiedliche Regelung erlaube.

cc) Übereinstimmung mit Literaturmeinung

Diesen letztgenannten Stimmen in der Literatur ist beizupflichten.

Es ist in der Tat kein überzeugender Grund ersichtlich, der eine gegenüber § 52 differenzierte Handhabung in der Frage der Verwertbarkeit rechtfertigen könnte, da in beiden Fällen der Zeuge sich in einem Konflikt hinsichtlich einem Angehörigen drohender Nachteile befindet. Daß im einen Fall - § 52 - dieser Angehörige bereits der Beschuldigte ist, der durch eine Aussage belastet werden könnte, während er im anderen Falle - § 55 - aufgrund der Aussage erst zum Beschuldigten werden könnte, bedeutet im Hinblick auf die den Zeugen auferlegte Konfliktsituation zwar formal-juristisch, kaum aber graduell - in Bezug auf die Intensität der Konfliktsituation - einen Unterschied.

1) Eb. Schmidt, JZ 1958, 596

2) Vgl. dazu zunächst FN 2) auf S. 322; wie Schmidt auch Niese, JZ 1953, 219 (223); Busch, JZ 1953, 703; Gossrau, a.a.O.

3) Geerds, Festschrift, 185/186

Es bleibt allerdings zu bedenken, daß diese Konfliktsituation nur bei einer der in § 55 angesprochenen Alternativen auftreten kann. § 55 umfaßt bekanntlich auch noch die Alternative der Selbstgefährdung, welche im Vergleich mit der erstgenannten nicht an eine Verwandten-Konfliktsituation anknüpft.

Geerds¹⁾ vergleicht diese 2. Alternative des § 55 zu Recht mit der Situation des Beschuldigten; für beide gilt das allgemeine Rechtsprinzip, "daß keine Beweisperson rechtlich gehalten sein soll, sich durch eine Aussage selbst zu belasten oder gar der Gefahr einer Strafverfolgung auszusetzen."²⁾ Für beide Fälle muß dann auch die oben begründete³⁾ Folge der Unverwertbarkeit bei Nicht-Belehrung gelten. Abgesehen davon, daß in dieser Arbeit in beiden zum Vergleich herangezogenen Fällen Unverwertbarkeit bei Nicht-Belehrung angenommen würde⁴⁾, somit bezüglich beider Alternativen des § 55 eine einheitliche Regelung keine Schwierigkeiten bereitet, würde eine differenzierende Behandlung auch bei den Betroffenen auf Unverständnis stoßen. Es wäre für einen Angeklagten kaum einleuchtend, sollte er im einen Fall - Verwertung der Aussage des sich selbst belastenden unbelehrt gebliebenen Zeugen - kein Revisionsrecht haben, im anderen - nunmehr belastet die Aussage einen Angehörigen - hingegen das Urteil mit der Revision angreifen können.

1) Geerds, a.a.O.

2) Geerds, a.a.O., 192

3) vgl. oben S. 336 ff.

4) vgl. oben S. 311 ff; 323 ff.

Nach alledem muß insgesamt Unverwertbarkeit einer unter Verstoß gegen § 55 Abs. 2 erlangten Aussage angenommen werden. Die Ansicht des BGH ist als "Einschränkung der gesetzlichen Beweisschranken"¹⁾ abzulehnen.

g) Nicht-Belehrung über fehlendes Sachverständigen-schweigerecht

Letztlich bleibt zu prüfen, welche Folgen eine fehlende Belehrung des Sachverständigen darüber nach sich zieht, daß ihm als Sachverständigem auch dann kein Schweigerecht zukommt, wenn er Angehöriger einer nach § 53 privilegierten Berufsgruppe ist. Auf die denkbaren Fälle, in denen sich auch der ärztliche Sachverständige ausnahmsweise auf sein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 berufen könnte, ist oben in anderem Zusammenhang bereits hingewiesen worden.²⁾ Sie sollen hier unberücksichtigt bleiben.

aa) Meinungsstand

Zu dieser Frage sind bislang ersichtlich keine Entscheidungen ergangen. Auch in der Literatur finden sich nur vereinzelt Stellungnahmen. So knüpft Peters³⁾ an die seiner Ansicht nach bestehende standesrechtliche Pflicht kein Verwer-

1) So Niese, JZ 1953, 219 (223); im übrigen dürfte Niese allerdings nicht beizupflichten sein, wenn dieser tatsächlich an jedem Verfahrensverstoß automatisch ein Verwertungsverbot knüpfen will. Dies geht meines Erachtens aber aus den Ausführungen Nieses auch nicht eindeutig hervor. (A.A. indes BGH in dem in FN 4) auf S. 338 zitierten Beschluß)

2) vgl. Ausführungen S. 178 ff.

3) Peters, JR 1969, 232 (233/234); bei zu Unrecht als unbegründet verworfenem Ablehnungsgrund will Peters, falls das erkennende Gericht entschieden hat, die Möglichkeit der Revision gemäß §§ 337, 244 Abs. 2 zulassen.

tungsverbot, sondern lediglich das Recht des Beschuldigten, den sich so verhaltenden Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, §§ 74, 24, und dies auch nur bei bewußter Unterlassung der Belehrung.

bb) Stellungnahme

Angesichts dieser Einschränkung von Peters drängt sich die Frage auf, ob nicht eine bewußte Unterlassung der Belehrung eine Täuschung im Sinne des § 136 a - dessen Anwendbarkeit auch auf die Tätigkeit des Sachverständigen oben bejaht wurde¹⁾ - bedeutet, mit der Folge des Verwertungsverbotes des § 136 a Abs. 3.

Im Zusammenhang damit steht die vorab zu entscheidende Frage, ob sich an die Verletzung einer "nur" standesrechtlichen Pflicht überhaupt strafprozessual die Konsequenz der Unverwertbarkeit anschließen kann. Dies wird man sicherlich verneinen müssen für die Fälle, in denen durch die Pflichtverletzung tatsächlich nur standesrechtliche Interessen tangiert werden. Zusätzlicher Überlegung bedürfen indes die Fälle, in denen sich standesrechtliche und prozessuale Pflichten überlagern.

Letzteres läge vor, wenn ein Sachverständiger mit dem Unterlassen des Hinweises auf sein nicht bestehendes Schweigerecht zugleich eine Täuschung im Sinne des § 136 a beginge. Allein der Umstand der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 136 a auf den Sachverständigen sagt darüber nichts aus. Eine Täuschung gemäß § 136 a liegt dann vor, "wenn die Wahrheit bewußt und absicht-

1) vgl. Ausführungen S. 277 ff.

lich entstellt wird"¹⁾ und der Beschuldigte dadurch "zu Äußerungen veranlaßt wird, die er freiwillig, aber aufgrund falscher Vorstellungen abgibt."²⁾ Daß das Unterlassen einer Belehrung demzufolge durchaus eine Täuschung in diesem Sinne sein kann, dürfte nicht zu bestreiten sein. Man wird auch nicht sagen können, daß die Subsumtion eines Unterlassens als Täuschung im Sinne des § 136 a davon abhängt, welcher rechtlichen Qualifikation die diesem Unterlassen zugrundeliegende Pflicht ist, Standespflicht oder prozessual-rechtliche Pflicht. Da aber an anderer Stelle³⁾ bereits konstatiert wurde, daß bei weitem nicht alle - eher die wenigsten - Unterlassungen vorgeschriebener Belehrungen sich zugleich als Täuschung im Sinne des § 136 a konkretisieren, bedarf es zusätzlich einer von der Rechtsfolge des § 136 a Abs. 3 unabhängigen Entscheidung. Geht man wiederum von dem Grundsatz des Anspruchs auf ein justizförmiges Verfahren aus, so wird man zur Verwertbarkeit kommen müssen, wenn es "nur" um die Beachtung standesrechtlicher Pflichten geht. Es erscheint bedenklich, in solchen Fällen ein justizförmiges Verfahren nicht gewährleistet zu sehen und die doch schwerwiegende, eine Beschränkung der materiellen Wahrheitsfindung darstellende Folge der Unverwertbarkeit anzunehmen. Dieses Ergebnis läßt sich durch eine zusätzliche Überlegung unterstreichen. Im Unterschied zu den zuvor erörterten Fällen des Zeugnis- bzw. Untersuchungsverweigerungsrechts bzw. des Schweigerechts des Beschuldigten geht es bei dieser

1) so etwa Löwe-Rosenberg-Meyer, § 136 a, Rdnr. 31 m.w.N.

2) so Löwe-Rosenberg-Meyer, a.a.O., Rdnr. 27 m.w.N.

3) vgl. oben S. 307

Belehrung nicht um ein Recht, das der nicht belehrten Person zusteht und dessen Wahrnehmung durch die Belehrung ermöglicht werden soll. Vielmehr dient die Belehrung dazu, den Befragten darauf hinzuweisen, daß der Sachverständige ein ihm ansonsten in seiner beruflichen Eigenschaft zustehendes prozessuales Recht im konkreten Fall nicht ausüben kann; ein Recht, auf dessen Geltendmachung der Betroffene allerdings keinerlei Anspruch, sondern nur begründete Aussicht angesichts der Strafdrohung des § 203 StGB haben kann.

Insgesamt muß man daher meines Erachtens zur Verwertbarkeit trotz fehlender Belehrung kommen. Die einer Unverwertbarkeitsentscheidung vorangehende Interessenabwägung kann kein anderes Ergebnis begründen. Schließlich verkennen auch die Gegner der Rechtskreistheorie nicht, daß es Verstöße unterschiedlicher Gewichtigkeit geben kann¹⁾ und daß die Folge des Verwertungsverbotes **nicht auf jeden denkbaren Fall extensiviert werden sollte.**

Hinzu kommt, daß durch die sonstigen prozessual vorgeschriebenen Belehrungen der betreffenden Person eigentlich bewußt geworden sein sollte, daß ein Schweigerecht des Sachverständigen gegenüber den Strafverfolgungsorganen grundsätzlich nicht bestehen kann, da ansonsten eine fehlende Belehrung durch die Schweigepflicht des Sachverständigen kompensiert werden könnte. Läuft diese Argumentation auch ein wenig auf die oben in anderem Zusammenhang²⁾ abgelehnte hinaus, daß man nämlich das Wissen derartig offenkundig scheinender Umstände nicht ohne weiteres voraus-

1) vgl. oben S. 332 (mit FN 1 und 2)

2) vgl. Ausführungen S. 209 f.

setzen, eine fehlende Belehrung mit dieser Begründung zumindest nicht überzeugend verteidigen kann, so muß auch insoweit wiederum auf die unterschiedliche Gewichtigkeit der in beiden Fällen fehlenden Belehrung verwiesen werden. Nach alledem ist ein Verwertungsverbot abzulehnen, wenn jemand dem Sachverständigen gegenüber ausgesagt hat, unbelehrt darüber, daß dieser sein Wissen gegenüber den Strafverfolgungsorganen grundsätzlich preisgeben muß. Ob man daneben mit Peters¹⁾ dem Betroffenen ein Ablehnungsrecht wegen Befangenheit zubilligen sollte, braucht an dieser Stelle nicht näher erörtert zu werden. Dies wird letztlich davon abhängen, ob die Nichtbelehrung bereits einen Grund gemäß § 24 Abs. 2 darstellt, der geeignet ist, Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen.

J. Reformüberlegungen

Angesichts der nicht unerheblichen prozessualen Schwierigkeiten, die im Zusammenhang mit der Stellung des Sachverständigen auftreten, sind in neuerer Zeit immer wieder Reformvorschläge zur Diskussion gestellt worden, die auf eine Beseitigung oder zumindest eine Reduzierung dieser Probleme intendieren. An dieser Stelle sollen diese Reformvorschläge in ihren entscheidenden Vor- und Nachteilen aufgezeigt und im Anschluß daran ihre Auswirkungen auf die in dieser Arbeit explizierten speziellen Probleme bei der Exploration von Zeugen und Beschuldigten dargestellt werden.

1) Vgl. FN 3) auf S. 341

I. Richter und Sachverständiger in Personaleinheit

1) Idealbild und Utopie

Die Ideallösung wäre unzweifelhaft die Verknüpfung von Richter und Sachverständigem in einer Person durch eine regelrechte Universalausbildung.¹⁾ Dieser Gedanke ist ebenso bestechend wie utopisch. Er entspricht weitgehend dem frühchristlichen Ideal, bei dem Sachverständiger und Richter identisch waren, da alle wissenschaftlichen Tätigkeiten zur damaligen Zeit dem Priesterstand oblagen und der Priester alle damals gelehrtten Wissenschaften in sich vereinte. Arbab-Zadeh²⁾ bezeichnet diese Konstellation auch aus heutiger Sicht als die ideale, weist aber zugleich auf die Utopie ihrer Realisierung hin, da die Entwicklung seither jenem Idealzustand in jeder Hinsicht entrückt sei.

2) Modifizierende Meinungen

a) Blomeyer

Eine andere Ansicht zu diesem Reformgedanken - wenngleich in durchaus bescheideneren Dimensionen³⁾ - vertritt Blomeyer⁴⁾. Er fordert den sachverständigen Richter, der zusätzlich zu seiner

1) Dazu vgl. Blomeyer, ZRP 1970, 153 (156)

2) So Arbab-Zadeh, NJW 1970, 1214. Ähnlich Leferenz, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5 (1962), 1 (3)

3) Das antike Ideal war auf einen universalausgebildeten Richter abgestellt, wohingegen Blomeyer "nur" einen Richter mit einem zusätzlichen Spezialstudium für realisierbar hält. Die Einschätzung Arbab-Zadehs als "Utopie" dürfte sich nur auf erstgenannten Gedanken beziehen.

4) so Blomeyer, a.a.O.

juristischen Ausbildung auf einem bestimmten Fachgebiet eine zusätzliche Spezialausbildung erfahren solle, da der Richter ansonsten in zunehmendem Maße von dem Sachverständigen verdrängt werde, ferner dadurch eine zeitliche Extension der Verfahren bewirkt werde. Im Gegensatz zu Arbab-Zadeh hält Blomeyer diesen Gedanken für durchaus realisierbar, ohne indes gewisse Schwierigkeiten zu verkennen. Eine solche sieht er allerdings nicht in dem zu absolvierenden Zweitstudium, zumindest keine von besonderer Relevanz. Blomeyer verweist in diesem Zusammenhang auf die zahlreichen Juristen, die zusätzlich ein Studium der Betriebswirtschaft absolviert hätten. Den Anreiz zu einem derartigen Zusatzstudium könne man durch entsprechend höhere spätere Bezahlung wecken. "Spezialisten sind nun einmal überall teurer."¹⁾

b) Hepner

Auch Hepner²⁾ sieht in der zusätzlichen Ausbildung kein unüberwindliches Hindernis. Er regt an, die Neben- oder Hobbybeschäftigung, die fast jeder geistig regsame Mensch habe, "nicht nur rein amateurmäßig zu betreiben, sondern auch wissenschaftlich zu unterbauen."³⁾

3) Würdigung

Seitens der Sachverständigen ist der Vorschlag des doppelt ausgebildeten Richters speziell im Hinblick auf ein medizinisches Nebenstudium

1) Blomeyer, a.a.O., 156

2) Hepner, Kriminalbiologische Schriftenreihe, Bd. 21 (1966), 119

3) So Hepner, a.a.O., 119

auf wenig Resonanz gestoßen.¹⁾ Man wird dem beipflichten und sich in diesem Punkt der Skepsis Arbab-Zadehs²⁾ anschließen müssen.

a) Vorteile

Unbestritten ist, daß es sich unter der Prämisse vollkommener Ausführung um eine Ideallösung handeln würde, die alle in den vorstehenden Ausführungen aufgezeigten prozessualen Schwierigkeiten voraussichtlich beseitigen würde. Als Richter wäre der Sachverständige in vollem Umfang den Vorschriften der StPO unterworfen, bei Vernehmungen und Belehrungen würden offenbar keine prozessualen Schwierigkeiten bestehen.

b) Notwendigkeit zusätzlicher Zuziehung von Sachverständigen

Bei näherer Betrachtung indes sind selbst in diesem Punkt Einschränkungen zu machen. Es wurde oben³⁾ eindringlich dargelegt, welch immense Entwicklung der Sachverständigen-Beweis, basierend auf dem wissenschaftlich-technologischen Fortschritt, in den letzten Jahren genommen hat und wohl künftig noch nehmen wird. Selbst wenn nun ein Richter eine zusätzliche Fachausbildung erlangte, stünde er in Kürze vor der Situation, daß selbst diese nicht mehr ausreichen, die Zuziehung eines auf letztem wissenschaftlichen Ausbildungsstand befindlichen Sachverständigen daher dennoch unumgänglich wäre.

1) Vgl. z.B. Cabanis, Möglichkeiten und Grenzen, 8, der sich insbesondere darüber mokiert, daß "ein solches Studium unter der Leitung jener Sachverständigen erfolgen würde, die der Richter später kontrollieren solle."

2) vgl. oben S. 346/347

3) vgl. Ausführungen S. 1 ff.

c) Praktische Schwierigkeiten

Daß der beruflich voll ausgelastete Richter nicht in der Lage wäre, sich durch Weiterbildung auf diesem Stand zu halten, bedarf wohl keiner näheren Begründung. Selbst der nur einseitig orientierte Fachmann ist dazu schwerlich in der Lage. Zwar ist Blomeyer zuzugeben, daß sich die einmal gewonnenen Fachkenntnisse des Richters "insofern günstiger auswirken, als er das Spezialgutachten besser und sicherer beurteilen könnte",¹⁾ aber es ist zweifelhaft, ob dieser Vorteil allein es rechtfertigen kann, die praktischen Schwierigkeiten hinzunehmen, die dieser Reformvorschlag beinhaltet und ob die verfassungs- und verfahrensrechtlichen Bedenken ausgeräumt werden könnten, die diese Lösung mit sich brächte.

Meines Erachtens werden gerade die rein praktischen Schwierigkeiten von Blomeyer und insbesondere auch von Hepner zu gering eingeschätzt. Zwar könnte die Attraktivität eines Doppelstudiums durch die Aussicht auf spätere bessere Bezahlung potenziert werden²⁾; dennoch darf bezweifelt werden, ob angesichts der Dauer und Imponderabilien jedes Studiums die Anzahl der Interessenten allein durch diese Aussicht entscheidend vergrößert werden könnte. Daß angesichts der heutigen Gesamt-Studien-Situation Probleme bestünden, sei nur am Rande vermerkt. Sie wären wohl noch am ehesten überwindbar. Das von Blomeyer angeführte Beispiel der "doppelspurigen Juristen" scheint wenig geeignet, eine optimistischere Betrachtung zu rechtfertigen. Diese beiden Studiengänge - Jura und Betriebswirtschaft - weisen einerseits Überschneidungen in den Lehrplänen auf, zum anderen - dies dürfte das ausschlaggebende Kriterium sein - wohl auch Überschneidungen bei Interesse und Eignung.

1) So Blomeyer, a.a.O., 156

2) Vgl. Blomeyer, a.a.o.

Daß dies auch bei Koppelung des Jura- mit einem Medizin- oder technischen Studium - um nur zwei Beispiele herauszugreifen - der Fall ist, darf wahrlich bezweifelt werden. Dabei wird es keine Rolle spielen, ob man den Juristen mit einem Medizinstudium oder umgekehrt den Mediziner mit zusätzlicher juristischer Ausbildung konfrontieren wollte.¹⁾

Es soll hier - in Übereinstimmung mit Hepner²⁾ - gar nicht in Zweifel gezogen werden, daß fast jeder geistig rege Mensch - der Absolvent eines akademischen Studiums wird im Regelfall dazu zu zählen sein - eine zusätzliche Neigung haben wird, "sei es aus reiner Liebhaberei oder aus sonstigen Gründen"³⁾, es muß aber meines Erachtens bezweifelt und insoweit Hepner widersprochen werden, daß diese Neigung stark genug und mit den erforderlichen Fähigkeiten gepaart wäre, die oben aufgezeigten Schwierigkeiten zu überwinden und aus einer Liebhaberei eine gleichrangige berufliche Tätigkeit werden zu lassen, die ja letztlich so hohen Anforderungen gerecht werden können müßte, daß ihre Ausübung die Zuziehung eines Fachmannes entbehrlich machen würde. Meines Erachtens wird man dies im Regelfall wenigstens nicht annehmen können. Auf wenige Ausnahmen aber läßt sich eine so grundlegende, mit derartigen Schwierigkeiten verbundene Änderung nicht stützen.

d) Gefahr des Halbwissens

Mir schiene mit dieser zwangsläufig unvollkommenen Lösung die von Hepner konstatierte⁴⁾ Gefahr des Halbwissens tatsächlich gegeben.

1) Blomeyer, a.a.O., weist darauf hin, daß man natürlich auch den umgekehrten Weg gehen könne, "indem man den Spezialisten ein Rechtsstudium anfügen ließe."

2) vgl. Hepner a.a.O.

3) Hepner a.a.O.

4) vgl. Hepner a.a.O.

Gerade die von Hepner genannten Möglichkeiten der Lehrgänge, Volkshochschulen oder sonstigen Fortbildungsanstalten - ohne deren grundsätzliche Qualifikation für bestimmte Ausbildungen in Frage stellen zu wollen - scheinen eher geeignet, dieses Halbwissen zu fördern, als eine ausreichende Grundlage sachverständlicher Fähigkeiten zu schaffen. Mit einer solchen Entwicklung wären die oben aufgezeigten Probleme nicht zu lösen.

e) Bedenken gegenüber Argumentation Blomeyers

Blomeyer hält auch den Kostenfaktor und die Zeitdauer für zugunsten seiner Lösung sprechende Kriterien. Daß ein Verfahren durch Zuziehung eines Sachverständigen nicht unwesentlich verteuert wird, bedarf keiner Erörterung; zumal dann, wenn es sich um Koryphäen auf ihrem Gebiet handelt. Daß dadurch die höhere Bezahlung und kostenträchtigere Ausbildung der spezialisierten Richter kompensiert würde, soll einmal unterstellt werden, wenngleich es genauerer Untersuchungen bedürfte. Es muß aber meines Erachtens stärker berücksichtigt werden, daß in vielen Fällen die Zuziehung eines Sachverständigen dennoch erforderlich wäre - der Grund ist oben dargelegt worden -, wodurch der Kostenfaktor im Gegenteil gekehrt werden könnte.

Ähnliche Bedenken müssen gegen das Argument der Zeitersparnis geltend gemacht werden. Die Praxis zeigt heute eine permanente Überbelastung der Gerichte mit der Folge erheblicher Prozeßdauer, die sich in Einzelfällen in einer bis zu mit rechtsstaatlichen Kriterien kaum mehr kompatiblen Verzögerung manifestiert. Die Zuziehung

1) Blomeyer, a.a.O.

eines Sachverständigen wird sich im Regelfall auf ein Verfahren zusätzlich zeithemmend auswirken, insbesondere wiederum dann - insoweit sind Parallelen zu dem Kostenfaktor unverkennbar - wenn es sich um hochqualifizierte Sachverständige handelt, die natürlich auch nur in sehr begrenztem Umfang verfügbar sind. Es muß indes bezweifelt werden, ob der sachverständige Richter Abhilfe schaffen könnte. Die Nachfrage nach ihm, der doch letztlich auch nur in begrenzter Zahl zur Verfügung stünde, wäre ja nicht geringer als nach dem Sachverständigen. Ein nennenswerter Zeitgewinn wäre daher kaum zu erwarten. Es könnte sogar die gegenteilige Wirkung dadurch eintreten, daß angesichts der jetzt geltenden Regelung Richter und Sachverständiger nebeneinander - zeitlich gesehen - arbeiten könnten, während dies bei der hier erörterten Lösung nicht der Fall wäre. Es ist zwar nicht undenkbar, daß eine Reform, sollte sie unter den genannten Voraussetzungen durchgeführt werden, durch Neuorganisation im Richterbereich in zeitlicher Hinsicht langfristig Verbesserungen brächte, angesichts der heutigen Gegebenheiten muß dies allerdings bezweifelt werden. Es scheint folglich fragwürdig, dem Zeitfaktor entscheidendes Gewicht beizumessen.

f) Verfassungsrechtliche Bedenken

Hinzu kommen - wie bereits erwähnt - Bedenken verfassungs- und verfahrensrechtlicher Art. Nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hat jedermann Anspruch auf seinen gesetzlichen Richter.¹⁾ Diesem Erfordernis ist dann genügt, "wenn sich die Ent-

1) BVerfGE 17, 294 (299) (Beschl.v.24.3.1964)
m.w.N.; Leibholz-Rinck, Art. 101, Anm.2;
Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 101, Rdnr. 8

scheidungsbefugnis des Richters im konkreten Fall aus der generellen Zuständigkeitsordnung der Prozeßgesetze, aus der Geschäftsverteilung und aus der Berufung durch den Vorsitzenden ergibt."¹⁾ Dies bedeutet - negativ formuliert - das Verbot von Gerichten, die "in willkürlicher Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter und individuell bestimmter Fälle berufen sind."²⁾ Zwar steht Art. 101 gem. Abs. 2 unter Gesetzesvorbehalt, dennoch müssen - ohne daß hier eine abschließende verfassungsrechtliche Wertung vorgenommen werden soll - Bedenken geäußert werden, ob eine oben dargelegte Lösung nicht dem Grundgehalt des Art. 101 GG zuwiderlaufen würde. Es könnte auf eine unlautere Verschiebung in der Rechtspflege hinauslaufen, wenn bestimmte Verfahren erst im nachhinein einem speziell ausgebildeten Richter zugewiesen würden.³⁾ Dies wäre aber zumindest am Anfang kaum vermeidbar, da nur eine sehr begrenzte Zahl entsprechend ausgebildeter Richter zur Verfügung stünde, die dann gezielt eingesetzt werden müßten. In einigen Bereichen würde sich dieser Zustand voraussichtlich längerfristig beseitigen lassen, in anderen wohl auf lange Sicht nicht, vielleicht überhaupt nicht.

1) Leibholz-Rinck, Art. 101, Anm.7, unter Berufung auf BVerfGE 18, 344 (352)(Beschl.v.3.2.1965); siehe auch Hamann-Lenz, Art.101, Anm. B 2 b)

2) So Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art.101, Rdnr. 1; siehe z.B. auch BVerfGE 3, 213(223)(Urt.v.17.12.1953); 8, 174(182)(Beschl.v.10.6.1958); 10,185(213)(Beschl.v.17.11.1959); 14,56(72)(Beschl.v.9.5.1962)

3) Zum Sinn des Prinzips des gesetzlichen Richters vgl. über die oben genannten Entscheidungen hinaus noch BayVerfGH, NJW 1962, 790 (Beschl.v.26.2.1962) m.w.N.; Schmidt-Bleibtreu Klein, Art. 101, Rdnr. 8ff.; Leibholz-Rinck, Art. 101, Anm. 4; Maunz, § 29 IV 1 (S. 274); v. Stackelberg, Festschrift, 207 (208/209)

Dennoch soll von der Prämisse ausgegangen werden, daß nach einer Übergangsphase eine mit dem Gebot des gesetzlichen Richters in Einklang stehende Lösung gefunden werden könnte. Insoweit besteht ein Unterschied zu dem Vorschlag, den Sachverständigen je nach Bedarf im Einzelfall auf die Richterbank zu setzen. Bei dieser Lösung, auf die unten noch näher eingegangen wird, sind die Bedenken im Hinblick auf Art. 101 GG noch größer.

Aber selbst unter der Voraussetzung der Überwindbarkeit jener Bedenken muß letztlich Arbab-Zadeh Recht gegeben werden, wenn dieser die Lösung unter heutigen Verhältnissen als utopisch bezeichnet.¹⁾ Die oben dargelegten praktischen Schwierigkeiten sind so gravierend, die denkbaren Vorteile demgegenüber so wenig überzeugend, daß der doppelt ausgebildete Richter nicht als realistische Lösung der hier erörterten Probleme angesehen werden kann.

II. Der Sachverständige auf der Richterbank

Auch dem Vorschlag, den Sachverständigen seinerseits auf die Richterbank zu setzen, müssen Bedenken entgegengebracht werden.

1) Vorschlag Schröders

Dieser Vorschlag wurde von Schröder²⁾ auf dem 43. Deutschen Juristentag in die Diskussion eingebracht. Schröder vertrat die Ansicht, der

1) Vgl. Arbab-Zadeh, FN 2) auf S. 346

2) Schröder, Verhandlungen des 43. DJT Bd. II, Teil E, 16; Schröders Vorschlag ging allerdings gezielt in die Richtung des kriminologischen Sachverständigen auf der Richterbank.

Sachverständige solle neben dem juristischen und dem Laienrichter einen Platz auf der Richterbank bekommen, da diese Modifikation sich auf die prozessualen Probleme günstiger auswirken werde als wenn Richter und Sachverständiger in der bisherigen Form sich gegenüberstünden. Vor allem sah Schröder durch seinen Vorschlag den Problempunkt ausgeräumt, der daraus resultiert, daß zwar der Sachverständige mittels seines Gutachtens erheblichen Einfluß auf den Prozeß nimmt - auf seine Sonderstellung unter den Beweismitteln soll hier noch einmal hingewiesen werden -, daß er aber aus rechtlicher Sicht keinerlei Verantwortung für das Urteil trägt.

2) Stellungnahme Eb. Schmidts

Gegen den Vorschlag Schröders sind in der Literatur erhebliche Bedenken laut geworden.¹⁾

Eb. Schmidt hat in seinem Aufsatz "Gehört der Sachverständige auf die Richterbank?"²⁾ ausführlich zu dem Vorschlag Schröders Stellung genommen und ist auf den konsistenten Problemkreis eingegangen. Schmidt sieht den entscheidenden Vorteil einer solchen Lösung darin, "daß das Gericht selbst "sachverständig" wird"³⁾, auf die Zuziehung eines Sachverständigen demnach weitgehend verzichten können wird. Auf der anderen Seite sieht Schmidt darin zugleich ein wichtiges Kriterium gegen den Sachverständigen auf der

1) Vgl. z.B. Eb.Schmidt, JZ 1961, 585; Kube, Kriminologische Schriftenreihe, Bd. 13 (1964), 155; Bremer, Der Sachverständige, 28; Kohlhaas, NJW 1962, 1329 (1330); Krafft, 94ff.

2) So Eb. Schmidt, a.a.O., 586

3) Eb. Schmidt, a.a.O.

Richterbank. Er erinnert in diesem Zusammenhang an die zahllosen Einzelfachgebiete, in die Psychologie und Psychiatrie heute zerfallen und warnt vor Richtungsgegensätzen "von zum Teil grotesker Schärfe."¹⁾ Da es kaum möglich sei, alle unterschiedlichen Fachrichtungen auf der Richterbank vertreten sein zu lassen, werde das Gericht entweder einseitig unterrichtet oder es biete ausreichend Anlaß, nicht ablehnbare Anträge auf Zuziehung Sachverständiger anderer Fachrichtung entgegennehmen zu müssen. Angesichts dieser Gefahren sei es besser, es bei der jetzigen Lösung zu belassen, zumal eine Entwicklung in der von Schröder aufgezeigten Richtung zwangsläufig mit Terrainverlust für den Juristen verbunden sei.

3) Ansicht Bremers

Bremer²⁾ sieht keine Möglichkeit, mit dieser Reform bestehende Schwierigkeiten im Sachverständigen-Beweis auszuräumen. Er gibt zu bedenken, daß ein schlechtes Gutachten nicht dadurch besser werde, daß man den Sachverständigen auf die Richterbank setze. "Eine derartige Verschiebung der Plätze hätte nur formale Bedeutung und könnte an der materiellen Lage nichts ändern!"³⁾ Es dürfte auch nicht übersehen werden, daß durch eine solche Lösung die Stellung des Richters als eines völlig neutralen Organs, das allein dem Gesetz unterworfen sei, "erschüttert und dadurch die Unabhängigkeit der Rechtsprechung zerstört würde."

1) Eb. Schmidt, a.a.O.

2) Bremer, Der Sachverständige, 28

3) Bremer, a.a.O.

4) Ablehnung durch Kohlhaas

Auch Kohlhaas lehnt den "beunruhigenden" Vorschlag Schröders ab.¹⁾ Einmal verstoße eine ad hoc gebildete Richterbank mit dem Sachverständigen gegen das Prinzip des gesetzlichen Richters, zum anderen seien Prozesse durchaus nicht selten,²⁾ in denen zahlreiche Sachverständige auf die Richterbank gesetzt werden müßten, was die Nichteinhaltung der gesetzlichen Richterzahl zur Folge haben würde.

5) Meinung Kraffts

Auch Krafft³⁾ lehnt Schröders Vorschlag im Ergebnis ab. Ebenso wie Kohlhaas⁴⁾ stützt er sich vorrangig auf verfassungsrechtliche Bedenken. Im Anschluß an Eb. Schmidt⁵⁾ weist er aber auch auf die Bedenken hin, die aus den unterschiedlichen Fachrichtungen der Sachverständigen resultieren könnten. Hinzu komme, daß speziell für die Frage eigener Ermittlungen des Sachverständigen keine Vorteile zu erwarten, sondern eher Nachteile zu besorgen seien, da der kriminalistische Jagdeifer verstärkt, der Sachverständige aber richterlicher Kontrolle gem. § 78 weitgehend entzogen werde.

6) Stellungnahme

Im Ergebnis muß in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Meinung in der Literatur der Sachverständige auf der Richterbank als nicht geeignete

1) Kohlhaas, a.a.O.

2) Kohlhaas, a.a.O., erinnert beispielsweise an einen Mordprozeß, bei dem unter Umständen ein Waffensachverständiger, ein Fußspurensachverständiger und ein Psychiater auf die Richterbank gesetzt werden müßten. Derartige Beispiele lassen sich beliebig fortsetzen.

3) Krafft, 94 ff.

4) Vgl. FN 1) und 2) auf dieser Seite

Lösung angesehen werden.

- a) Verbindung des Gedankengutes unterschiedlicher Wissenschaften

Zwar muß der Grundgedanke, juristisches und psychologisches oder medizinisches Denken und Wissen nebeneinander Verantwortung tragen zu lassen, positiv bewertet werden. Eine Verbindung auf der Richterbank müßte eigentlich allen Beteiligten zugute kommen.

- b) Zweifel hinsichtlich prozessualer Stellung des Sachverständigen

Indes muß die Eignung dieses Vorschlages zur Lösung der in dieser Arbeit aufgezeigten speziellen Probleme des Sachverständigen-Beweises bezweifelt werden. Hinsichtlich eigener Befragungen zur Sache würde sich keine Verbesserung konstatieren lassen. Dadurch, daß der Sachverständige für das Hauptverfahren auf die Richterbank gesetzt würde, rückte er im Stadium des Ermittlungsverfahrens nicht auch in die Position des Richters mit dem Recht auf eigene Vernehmungen und der Pflicht entsprechender Belehrungen als Adressat der StPO. Ein Vorteil könnte allenfalls darin gesehen werden, daß der Sachverständige innerhalb des Hauptverfahrens nicht mehr auf den Weg des § 80 angewiesen wäre. Da aber oben¹⁾ dargelegt wurde, wie weit das Fragerecht des Sachverständigen im Rahmen der jetzt bestehenden gesetzlichen Regelung zulässigerweise gehen kann, wäre dieser Vorteil letztlich gering. Auf der anderen Seite träte als Nachteil hinzu, daß der im Ermittlungsverfahren tätig gewordene Sachverständige gem. § 22 Nr. 5 entweder nicht als

5) Vgl. FN 1 auf S. 356

1) vgl. Ausführungen auf S. 139 ff.

Sachverständiger gehört oder als Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen wäre.¹⁾ Es soll hier nicht näher auf das grundsätzliche Für und Wider unterschiedlicher Sachverständiger im Vor- und Hauptverfahren eingegangen werden. Jedenfalls würde sich ein zeitlicher und finanzieller Mehraufwand kaum vermeiden lassen.

c) Untergrabung der Vertrauensstellung

Ferner besteht die Gefahr, daß das Vertrauen, welches dem Sachverständigen heute seitens des Exploranden entgegengebracht und durch die Belehrung über das nicht zustehende ärztliche Schweigerecht grundsätzlich wenig beeinträchtigt werden dürfte, dann einem erheblichen Schwund unterliegen würde, wenn sich erst einmal das allgemeine Bewußtsein gebildet hätte, daß der Sachverständige auch auf der Richterbank säße und das Urteil mitverantwortlich fällen würde. In dieser Hinsicht wäre eher eine Verschlechterung als eine Verbesserung zu erwarten.²⁾

d) Mitverantwortung für Urteil

Eine Verbesserung läge allerdings in der Mitverantwortung des Sachverständigen für das Urteil, das von seinem Gutachten in nicht unerheblichem Maße getragen wird.³⁾ Auf den zwar nicht rechtlich fundierten aber faktisch existenten Einfluß des Gutachtens wurde bereits hingewiesen.⁴⁾

1) Krafft, 98, beruft sich in diesem Zusammenhang auf § 23 Abs. 3 a.F., der allerdings nach Wegfall der §§ 178 ff. - Vorschriften über die gerichtliche Voruntersuchung - entbehrlich wurde. Unklar ist, warum Krafft sich nicht auf den damals in heutiger Fassung bestehenden § 22 Nr. 5 berufen hat.

2) So im Ergebnis auch Eb.Schmidt, JZ 1961, 585 (587); Krafft, 97/98

3) So auch Schröder a.a.O.; ebenso Krafft, 94

4) Vgl. oben S. 15/16

Die Reform würde den tatsächlichen Gegebenheiten die wünschenswerte rechtliche Grundlage folgen lassen. Insofern bestünde kein Unterschied zu dem doppelt ausgebildeten Richter. Gegenüber diesem Reformvorschlag läge ein entscheidender Vorteil allerdings darin, daß die Zuziehung eines zusätzlichen Sachverständigen kaum mehr in Betracht käme. da ja nach dem konkreten Fall der Sachverständige auf die Richterbank gesetzt würde, seine ausreichende Sachkunde zu diesem Zeitpunkt also bereits feststünde.

e) Verfassungsrechtliche Bedenken

Dieser sich insoweit als Vorteil darstellende Punkt würde aber - wie bereits angedeutet wurde - erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken zur Folge haben, die kaum auszuräumen sein dürften. Schon Eb. Schmidt¹⁾ stellt nachdrücklich fest, daß ihm keine Methode dankbar sei, die mit dem Gebot des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in Einklang gebracht werden könne. Dieser Befürchtung kann nur beigepllichtet werden. Die "ad hoc"-Zuordnung eines in einem konkreten Verfahren tätigen Sachverständigen als Richter in eben diesem Verfahren hat mit dem Erfordernis der rein zufälligen Auswahl des Richters nichts mehr gemein. Nur in dieser Form aber wäre der Vorschlag in seiner Hinsicht eine wirkliche Reform, da nur dann die Sachkunde des Gerichts für jeden Einzelfall "organisierbar" wäre.

Auch ein den Schöffenlisten (§§ 36 ff. GVG) vergleichbares System, an das man in diesem Zusammenhang denken könnte, scheint unerreichbar.²⁾

1) Vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., 556

2) So auch Eb. Schmidt, a.a.O., 587

da auch dort die Zufälligkeit der Zuordnung, die sich in der gemäß § 45 Abs. 2 GVG erfolgenden Auslosung der Hauptschöffen für das Geschäftsjahr im voraus dokumentiert, entscheidendes Kriterium ist.

f) Schwierigkeiten bei Besetzung der Gerichte

Die im GVG normierte Besetzung der Gerichte ließe sich kaum aufrechterhalten, wollte man den Sachverständigen auf die Richterbank setzen. Kohlhaas¹⁾ macht sehr deutlich, wieviele Sachverständige möglicherweise auf der Richterbank Platz nehmen müßten, um im Einzelfall dem Erfordernis sachkundiger Beurteilung genügen zu können. Zwar beschränkt sich diese Arbeit letztlich auf Probleme des psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen; eine Reformdiskussion sollte indes den Sachverständigen-Beweis in summa erfassen und kann daher die übrigen Fachbereiche nicht unberücksichtigt lassen, da eine Reform selbstverständlich nicht nur auf einzelne Teilbereiche beschränkt bleiben könnte. Zudem tritt im Bereich des psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen die Problematik teilweise höchst unterschiedliche Lehren vertretender Einzelwissenschaften hinzu, auf die oben bereits hingewiesen wurde.²⁾ Unter diesen Umständen liegt es auf der Hand, daß der Rahmen der Gerichte nach heutiger Besetzung in vielen Fällen nicht ausreichend wäre.

g) Terrainverlust des Richters

Zu diesen verfassungs- und verfahrensrechtlichen Bedenken kommen noch andere, vereinzelt geltend gemachte hinzu.

1) Vgl. Kohlhaas, NJW 1962, 1329 (1330)

2) Vgl. Ausführungen S. 356

Weniger überzeugend, von Eb. Schmidt¹⁾ offenbar auch mehr als ergänzende Anmerkung verstanden, ist die Befürchtung richterlichen Terrainverlustes. Wenn man "Terrainverlust" wertfrei versteht, als Übernahme zuvor dem Richter obliegenden Aufgaben durch den Sachverständigen, kann ein solcher sicherlich konstatiert werden, ohne Bedenken hervorzurufen. Wird "Terrainverlust" indes mit Prestigeverlust identifiziert, so mag dies auch zutreffen, als relevantes Kriterium muß es dann allerdings ausscheiden.

h) Richter und Sachverständiger in getrennten Lagern

Auch das Argument, wenn man den Sachverständigen nicht auf die Richterbank und damit ins gleiche Lager setzen wolle, bedeute dies, daß Richter und Sachverständiger sich in getrennten Lagern gegenüberstünden²⁾, kann nicht überzeugen.³⁾ Beide sollen auf differenzierte Weise der Wahrheitsfindung dienen; diese Aufgabe hat der Gesetzgeber ihnen zugewiesen. Daß die Erfüllung dieser Aufgabe mit unterschiedlichen Mitteln erfolgt, bedeutet nicht, daß beide sich in getrennten Lagern gegenüberstünden. Dieser Eindruck mag zwar in Einzelfällen als Folge eines Mißverständnisses entstehen; eine Reform läßt sich aber nicht damit begründen, daß andernfalls Mißverständnisse über die Erfüllung bestehender gesetzlicher Pflichten nicht vermieden werden könnten.

1) Vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., 587

2) Diese Befürchtung äußert Schröder, a.a.O.

3) So mit Recht Eb. Schmidt a.a.O.

i) Mitwirkung juristischer Laien an juristischen Aufgaben

Weit größeres Gewicht ist dem Argument beizumessen, daß der Sachverständige auf der Richterbank als juristischer Laie an Aufgaben verantwortlich partizipieren würde, die eigentlich eine juristische Ausbildung erfordern. Der Sachverständige würde ja nicht nur seine Tätigkeit als Sachverständiger unter veränderten äußeren Vorzeichen durchführen, er würde zwangsläufig auch an den Entscheidungen teilhaben, die der Gesetzgeber grundsätzlich den dafür speziell ausgebildeten Personen übertragen hat. Der naheliegende Einwand, dies sei schließlich auch bei den Laienrichtern der Fall, vermag letztlich nicht zu überzeugen. Der Sinn der Zuziehung von Laienrichtern ist einmal darin zu sehen, den Laien die richterliche Verantwortung erkennen zu lassen oder wenigstens nahezubringen, zum anderen darin, durch Mitwirkung von Laien der Rechtspflege ein vernünftiges Maß von Volkstümlichkeit zu vermitteln.¹⁾ Bei den Laienrichtern wird juristisches Laientum also nicht etwa nur in Kauf genommen, sondern bewußt gefordert, um auch andere als juristische Kriterien in das Urteil mit einfließen zu lassen.

Dieser Gesichtspunkt scheidet aber bei dem Sachverständigen auf der Richterbank aus. Die Sachkunde, die der Sachverständige als nicht-juristi-

1) So etwa v. Hippel, 136; Kern-Wolf, § 15 V (S. 103/104); Schorn, Der Laienrichter, 3; Zimmerl, 11; Eb. Schmidt, LK Teil I, Rdnr. 569 verweist in diesem Zusammenhang auf die Länderverfassungen, in denen ausdrücklich niedergelegt ist, daß "Männer und Frauen aus dem Volke" - so etwa Art. 88 der Bayr. Verfassung; Art. 72 Abs. 2 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen - oder "das Volk" - so Art. 89 der Verfassung von Württemberg-Baden - an der Rechtsprechung mitzuwirken haben.

sches Kriterium in das Verfahren einbringt, dient dazu, Beweis zu erbringen, Grundlagen für das Urteil zu schaffen, ein Urteil unter Umständen überhaupt erst zu ermöglichen. Die Art der Beteiligung am Urteil, die das Gesetz dem Laienrichter zugebilligt hat, ist eine gänzlich andere. Sie greift unmittelbar in den grundsätzlich dem Richter vorbehaltenen Bereich ein, wird daher auch nur in Ausnahmefällen zugelassen, mit begrenzter Möglichkeit der Einflußnahme.

Eben diese Möglichkeit der Einflußnahme aber würde auch dem Sachverständigen auf der Richterbank in die Hand gegeben sein, zusätzlich zu der ohnehin schon bestehenden faktischen. Dabei würden, wie oben aufgezeigt, für den Sachverständigen nicht die Gründe gelten, die für den Laienrichter angeführt werden können, so daß insoweit eine ursprünglich ungewollte Einflußnahme nicht-juristischer Elemente auf die Urteilsbildung die Folge sein könnte. Eine zusätzliche Verwässerung könnte dadurch eintreten, daß unter Umständen mehrere Sachverständige erforderlich würden. Dies hat nichts mit dem oben zitierten Terrainverlust der Juristen gemein. Jener Gesichtspunkt wurde zu Recht als irrelevant abgelehnt, dieser könnte zu einer mit geltendem Recht unvereinbaren Entwicklung führen.

j) Gefahr einseitiger Einflußnahme

Wurde oben auf die grundsätzliche Gefahr nicht-juristischer Einflußnahme auf das Urteil als Argument gegen den Sachverständigen auf der Richterbank hingewiesen¹⁾, so sollten die damit in Zusammenhang stehenden sonstigen Gefahren sachverständlicher Einflußnahme nicht unerwähnt bleiben.

1) Vgl. Ausführungen S. 363

Zunächst dürfte die Einflußnahme des auf der Richterbank sitzenden Sachverständigen auf die Laienrichter ungleich größer sein, als wenn der Sachverständige bei bestehender Rechtsordnung als Beweismittel vor der Richterbank agiert. Ferner wird die Gefahr einseitiger fachlicher Beeinflussung der nicht-sachverständigen Richter vergrößert.¹⁾ Es ist sicherlich kein Geheimnis, daß in der Gerichtspraxis Gutachten mit konträren Ergebnissen durchaus nicht selten sind. Damit sollen nicht Zweifel an den fachlichen Qualitäten der Sachverständigen schlechthin geäußert werden. Schließlich kommen auch Gerichte bei vergleichbarem oder gleichem Sachverhalt zu sehr differenzierten Urteilen. Diese Schwierigkeit liegt in der Natur der Sache begründet. Es muß allerdings versucht werden, negative Auswirkungen dieser Schwierigkeiten auf die Urteile so gering wie möglich zu halten. Es muß bezweifelt werden, ob der Sachverständige auf der Richterbank dieser Zielvorstellung nicht zuwiderlaufen würde. Stehen die Sachverständigen sich vor der Richterbank gleichrangig gegenüber, so ist aller Einflußmöglichkeit gleich zu bewerten. Sitzt aber einer von ihnen auf der Richterbank - auf die Unmöglichkeit, alle Fachrichtungen dort unterzubringen wurde bereits hingewiesen²⁾ - so ist sein Einfluß auf die übrigen Mitglieder des Kollegiums natürlich ungleich größer. Er kann seine Meinung darlegen und Einfluß nehmen, "ohne auch nur ahnen zu lassen, daß ihm von ebenfalls sachverständiger Seite in allem und jedem entschieden widersprochen werden würde."³⁾ Dieser Gesichtspunkt

1) Diese Gefahr sieht Eb. Schmidt als entscheidendes Kriterium an, vgl. S. 356

2) Vgl. oben S. 356

3) So Eb. Schmidt, a.a.O., 587

sollte in seinen denkbaren Auswirkungen nicht unterschätzt werden.

k) Einstellung der Sachverständigen

Ein anderer Aspekt ist bei dem hier diskutierten Reformvorschlag bislang offenbar zu wenig beachtet worden: die Einstellung der Sachverständigen selbst zu ihrer "Versetzung" auf die Richterbank. In vielen Erörterungen erscheint der Sachverständige als derjenige, der darauf brennt, auf der Richterbank Platz nehmen zu dürfen, dem man aber von Seiten der Juristen bislang einen Riegel vorgeschoben hat. In Wirklichkeit werden sich kaum sehr viele Sachverständige danach drängen, richterliche Aufgaben und damit vorrangig auch richterliche Verantwortung mit zu übernehmen.¹⁾ Dies wird nicht zuletzt auch für den psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen gelten, deren Grundeinstellung zum juristischen Gedankengut - wie bereits mehrfach angeklungen - eine gänzlich andere sein wird, was angesichts der unterschiedlichen Ausbildung und beruflichen Zielsetzung kaum verwundern kann. Wenn auch der Sachverständige bereits heute vielfach zwar nicht rechtlich, wohl aber in praxi den Ausgang des Verfahrens zumindest mitbestimmen wird, man demzufolge die normierte rechtliche Verantwortung lediglich als eine Festschreibung tatsächlich bereits existenter Verhältnisse ansehen mag, so sollte die Bedeutung einer solchen "Formalie" nicht unterschätzt werden. Es ist ein Unterschied, ob der Sachverständige im Hintergrund, gleichsam heimlich die Verantwortung trägt, die ihm zudem in der Öffentlichkeit von um ihre

1) So etwa auch Kohlhaas, NJW 1962, 1329 (1330) m.w.N.

Position besorgten Juristen streitig gemacht wird, oder ob ihm diese per Gesetz auferlegt wird. Zwar müßten derartige Aversionen zurückstehen, wenn der Sachverständige auf der Richterbank entscheidende prozessuale Verbesserungen mit sich brächte. Schließlich kann auch der Laienrichter die ihm angetragene Berufung nicht mit der Begründung ablehnen, die damit verbundene Verantwortung rufe bei ihm Unbehagen hervor.¹⁾ Dies aber ist - wie die Ausführungen gezeigt haben - nicht der Fall. Der Sachverständige auf der Richterbank kann nicht als anstrebenswerte Reformlösung angesehen werden.

III. Sondergerichte

Ein anderer Vorschlag zur Lösung der Probleme des Sachverständigen-Beweises zielt auf die Bildung von Sonder²⁾- oder Spezialgerichten³⁾ ab. Sondergerichte sind Spruchkörper, denen vom Gesetzgeber für eine bestimmte Fachrichtung die Rechtsprechung überlassen ist.⁴⁾

1) Gesetzeslage und historischer Rückblick

Vor Gründung der Bundesrepublik bestanden verschiedene Sondergerichte, etwa das Reichspatentamt, das Kartellgericht, das Reichswirtschafts-

1) Zur Auswahl der Schöffen vgl. §§ 31 ff. GVG

2) Vgl. dazu z.B. Fröhler, 62 f.; Krauß, ZStW 1973, 320 (354); Koch, JR 1956, 369; Bremer, Der Sachverständige, 28, der diese Gerichte im Unterschied zu Koch allerdings als Spezialgerichte bezeichnet.

3) So z.B. Döhring, JZ 1968, 641 (642); Pieper, ZZP 1971, 1 (36/37); Blomeyer, ZRP 1970, 153 (154)

4) So etwa Kern, Der gesetzliche Richter, 163; Kern-Wolf, § 7 I 2 (S. 37)

gericht. Sondergerichte auf Bundesebene stellen heute etwa die Arbeits- und Sozialgerichte dar. Auf Landesebene räumt § 14 GVG die Möglichkeit der Bestellung besonderer Schifffahrtsgerichte ein. Während in früheren Jahren die vermutete Möglichkeit stärkerer politischer Einflußnahme zur vermehrten Schaffung von Sondergerichten führte, haben heute die gerade aus diesem Kriterium resultierenden Bedenken in Verbindung mit der Gefahr der Aushöhlung der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Aufsplitterung der juristischen Einrichtungen¹⁾ zu einer Einschränkung im allgemeinen bis hin zur gänzlichen Abschaffung im Strafrecht geführt.

2) Bedenken bezüglich Verbesserungen

Ohne an dieser Stelle abschließend zu dem Für und Wider von Sondergerichten Stellung nehmen zu wollen, kann konstatiert werden, daß eine vermehrte Einführung zur Beseitigung oder Verminderung prozessualer Schwierigkeiten im Bereich des Sachverständigen-Beweises nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden kann, da die grundsätzlichen Bedenken, die derartigen Sondergerichten zu Recht entgegengebracht werden, erheblich sind.²⁾

Hinzu kommt, daß die Beseitigung der bestehenden Schwierigkeiten auf diese Weise auf Bedenken stoßen muß. Zwar wären im Hinblick auf die Sachkunde des Gerichts sicherlich Vorteile gegeben. Andererseits aber müßten nach wie vor Sachverständige hinzugezogen werden, da sich die Sachkunde der in Sondergerichten tätigen Richter fraglos verbessern, nie aber den Stand erreichen würde, der sie befähigte, Anträge gemäß § 244

1) Vgl. Kern-Wolf, § 7 I (S. 37/38)

2) So im Ergebnis auch Bremer, Der Sachverständige, 28

Abs. 4 grundsätzlich oder wenigstens überwiegend unter Hinweis auf die eigene Sachkunde des Gerichts abzulehnen. Insoweit besteht letztlich kein Unterschied zu dem eingangs diskutierten doppelt ausgebildeten Richter.¹⁾ Die grundsätzlichen Probleme des Sachverständigen-Beweises blieben weitgehend unverändert.

Im übrigen würden derartige Fachrichter²⁾ - dieser Gesichtspunkt wurde oben noch außer acht gelassen - in erhöhtem Maße der Gefahr ausgesetzt sein, ihre eigenen Grenzen in fachlicher Hinsicht, die natürlich immer noch vorhanden wären, falsch einzuschätzen, was wiederum zu Schwierigkeiten bei der Zuziehung von Sachverständigen führen müßte.³⁾

IV. Spezialgerichte

Ähnliche Vorbehalte müssen für die Einrichtung von Spezialgerichten innerhalb der heute bestehenden Instanzenzüge gemacht werden. Zwar entfielen die oben explizierten grundsätzlichen rechtlichen Bedenken gegenüber Sondergerichten, da es sich nicht um gesonderte Gerichtszweige, sondern um spezielle Kammern, vergleichbar etwa den Kammern für Handelssachen im Zivilrecht, handeln würde. Ansonsten aber ergäben sich gegenüber den Sondergerichten keine Vorteile. Dies gilt zumindest dann, wenn man die Spezialgerichte so versteht, daß die Spezialisierung auf Seiten der Berufsrichter durchgeführt würde.⁴⁾

1) Vgl. oben S. 346 ff.

2) So Arbab-Zadeh, NJW 1970, 1214 (1219)

3) Vgl. Döhning a.a.O.

4) So offenbar Blomeyer, ZRP 1970, 153 (154), der die Problematik unter dem speziellen Aspekt gemischter Zivil- und Strafkammern erörtert; ebenso wohl Pieper, ZZP 1971, 1 (36), allerdings im Hinblick auf den Zivilprozeß; auch Koch, JR 1956, 369, der - vgl. FN 1) auf S. 370 - grundsätzlich die Spezialisierung durch sachverständige Beisitzer erreichen will, schließt diese Möglichkeit nicht gänzlich aus.

Koch¹⁾ will indes die Spezialkammern mit zwei zusätzlichen Laienrichtern besetzen, "die auf Vorschlag eines näher zu bestimmenden Gremiums aus den einschlägigen Fachkreisen ernannt würden." Dadurch solle erreicht werden, daß der Sachverständige nicht mehr nur Gehilfe des Richters wäre, sondern als Mitglied des Gerichts auch Verantwortung an der Urteilsfindung trüge.²⁾ Allerdings will Koch derartige Spezialgerichte nicht generell einführen, sondern nur dort, "wo die sachverständige Beurteilung erfahrungsgemäß regelmäßig die rein judizierende Tätigkeit überwiegt."³⁾ Diese Art der Spezialgerichtsbarkeit entspricht aber wiederum weitgehend dem oben bereits erörterten Vorschlag des Sachverständigen auf der Richterbank, dessen Untauglichkeit zur Beseitigung bestehender prozessualer Probleme dargelegt wurde.

V. Schuldinterlokut

1) Inhalt

Eine wirkliche Verbesserung der in dieser Arbeit dargestellten prozessualen Schwierigkeiten könnte

-
- 1) Vgl. Koch, a.a.O., der hier eine Parallele zu den Beisitzern der Kammern für Handelssachen (§§ 93 ff. GVG) sieht.
 - 2) So Koch a.a.O. unter Bezugnahme auf Württenberger, Der Kampf gegen das Kunstfälschertum, 154 ff.
 - 3) So Koch, a.a.O., 370; als Beispiele nennt er Gerichte für Bauprozesse, für Zivil- und Strafverfahren in Weinsachen.

die Einführung des sogenannten Schuldinterlokutes bringen.¹⁾ Dieses Rechtsinstitut der Zweiteilung des Verfahrens entstammt dem angelsächsischen Rechtskreis, in dem die Trennung zwischen "conviction" und "sentence" - zwischen Schuld- und Strafausspruch - ein grundlegendes Element der Prozeßordnung bildet. Ohne einer Abwägung der Vor- und Nachteile vorgreifen zu wollen, kann festgestellt werden, daß das Auftreten des psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen im zweiten Teil des Verfahrens - also nach erfolgtem Schuldspruch - erhebliche Vorteile verspricht im Hinblick auf die Explorationstätigkeit des Sachverständigen.

1) Zum Schuldinterlokut vgl. u.a. Blau, ZStW 1969, 31; Dahs sen., NJW 1970, 1705; Dahs jun., GA 1971, 353; Fischinger, ZStW 1969, 49; Recken, DRiZ 1968, 38 (40); Römer, GA 1969, 333; Bruns, 227; Eb. Schmidt, MDR 1967, 877 (883); ders., NJW 1969, 1139 (1145); Krauß, ZStW 1973, 320 (355), spricht von einem "Tatinterlokut, da er die Frage der Zurechnungsfähigkeit dem 2. Verfahrensabschnitt zuweisen will. Ebenso Kaiser, Strategien, 92. Diese Autoren stehen der Einführung des Schuldinterlokutes trotz einzelner Bedenken letztlich positiv gegenüber. Ablehnend z.B.: Horn, ZStW 1973, 7, der von dem "Tatschuld-Interlokut" spricht und eine Zäsur ansetzen will zwischen dem "Ob und Wie einer Schuldstrafe einerseits und dem Wie einer Resozialisierungsstrafe andererseits", S. 17; ebenso Heinitz, Zweiteilung der Hauptverhandlung?, 835. Hartung, NJW 1952, 201, der davor warnt, einzelne Elemente des angelsächsischen Rechtssystems zu übernehmen. Es müsse dann schon eine "Rezeption in toto" - S. 204 - erfolgen, denn "die Mängel des englischen Verfahrens sind das Spiegelbild seiner Vorzüge."

Probleme, die sich heute im Zusammenhang mit Befragungen zur Sache und der Verwertung ihrer Ergebnisse stellen, würden weitgehend überwunden werden können, wenn der Sachverständige erst dann zum Einsatz käme, wenn der Tatbestand bereits abschließend behandelt worden ist. Im einzelnen werden diese Punkte weiter unten im Zusammenhang mit den Vor- und Nachteilen des Schuldinterlokutes erörtert.

2) Erfordernis der Anpassung an Täterstrafrecht

Am Anfang der Arbeit ist bereits darauf hingewiesen worden¹⁾, in welchem starkem Maße die Beurteilung der Täterpersönlichkeit durch entsprechende Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft in den letzten Jahren in den Vordergrund gerückt ist. Parallel dazu sind Entwicklung und Bedeutung des Sachverständigen-Beweises in diesem Bereich vorangeschritten.

Das geltende deutsche Strafprozeßrecht aber ist vorrangig darauf zugeschnitten, die Wahrheit über die Tat, in zweiter Linie erst über den Täter zu erbringen.²⁾ Daraus resultiert zwangsläufig eine gewisse Diskrepanz zwischen materiellem und prozessualem Recht und die Forderung: "Die Reform des materiellen Strafrechts muß Hand in Hand gehen mit einer Reform des Strafprozeßrechts."³⁾ Eine Reformmöglichkeit glaubt die in der Literatur weitaus herrschende Meinung⁴⁾ in der Einführung des Schuld-

1) vgl. Ausführungen S. 2 ff.

2) vgl. Blau, ZStW 1969, 31 (33)

3) So z.B. Heinitz a.a.O.; bestimmte Ansätze zu einer echten Zäsur erkennt Blau, a.a.O., 36, im Jugendstrafrecht

4) vgl. FN 1) auf S. 371

interlokutes gefunden zu haben, wenngleich bei den Befürwortern dieser Lösung überwiegend nicht erkannt wird, daß die Übertragung eines Institutes aus dem angelsächsischen Rechtskreis auf unser in den Grundlagen doch wesentlich anderes Prozeßrecht nicht ohne Bedenken sein kann.¹⁾ Das deutsche Strafverfahrensrecht kennt keine Zäsur im technischen Sinne.²⁾

3) Vorteile

Zunächst sollen jedoch die zweifellos beachtlichen prozessualen Vorteile des Schuldinterlokutes expliziert werden. Im Gegensatz zu den zuvor dargestellten Reformgedanken, die allein auf die Sachverständigen-Problematik zugeschnitten sind, bedeutet das Schuldinterlokut - wie bereits angedeutet - eine Reform im Hinblick auf und mit Auswirkungen für das gesamte Prozeßrecht.

a) Verlagerung der Erörterung der persönlichen Verhältnisse

Ein von nahezu allen Befürwortern - allerdings unter differenzierter Betrachtungsweise - genannter Gesichtspunkt ist die Verlagerung der Erörterung der persönlichen Verhältnisse der Angeklagten. Nach geltendem Recht - § 243 Abs. 2 - vernimmt der Vorsitzende den Angeklagten dazu zu Beginn der Hauptverhandlung.

1) So auch Dahs jun., GA 1971, 353

2) Blau, ZStW 1969, 31 (36), weist allerdings darauf hin, daß im Jugendstrafrecht Ansätze für eine echte Zäsur enthalten seien.

Ursprünglich sollte diese Vernehmung in erster Linie der Identitätsfeststellung dienen¹⁾, jedoch werden im Zuge extensiver Interpretation der Vorschrift in der Praxis häufig sämtliche Umstände einschließlich etwaiger Vorstrafen erfragt, wenn auch mit der durch Abs. 4 geforderten Einschränkung²⁾, deren Bedeutung allerdings gering zu schätzen ist, da Vorstrafen für die Täterpersönlichkeit und die Strafzumessung fast immer relevant sein werden.³⁾

Diese Gerichtspraxis muß Bedenken in mehrfacher Hinsicht hervorrufen. Einmal wird der Darstellung derartiger Umstände in diesem Stadium der Hauptverhandlung eine zu geringe Bedeutung beigemessen, die mit der oben dargelegten⁴⁾ materiell-rechtlichen Entwicklung unvereinbar ist. Eine genauere Persönlichkeitserforschung täte not, ließe sich aber wohl auch unter Beibehaltung des bestehenden einheitlichen Verfahrens erreichen.

Dies gilt indes nicht für die beiden anderen Kriterien: die Überflüssigkeit der Erörterung bestimmter persönlicher Verhältnisse im Falle des Freispruches bzw. der Persönlichkeitsschutz auch des schuldig Gesprochenen,⁵⁾ sowie die Gefahr der Beeinflussung von Richtern, ins-

1) Vgl. etwa Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 243, Rdnr. 35; Kleinknecht, § 243, Rdnr. 6; Dahs jun., a.a.O., 354

2) vgl. Blau, a.a.O., 34; Dahs jun., a.a.O.; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 243, Rdnr. 37; dazu auch Kleinknecht, § 243, Rdnr. 7

3) so auch Dahs sen., NJW 1970, 1705 (1706); Blau, a.a.O.

4) vgl. oben S. 372

5) dazu z.B. Blau, a.a.O., 35; Dahs jun., GA 1971, 353 (354); Römer, GA 1969, 333 (335ff) Fischinger, ZStW 1969, 49 (52); Eb. Schmidt, MDR 1967, 877 (883); Bruns, a.a.O.; Dahs sen., NJW 1970, 1705 (1707)

besondere von Laienrichtern.¹⁾ Es ist sicherlich nicht allein für einen Angeklagten nicht einsichtig, wieso möglicherweise lange zurückliegende Bestrafungen und sonstige Umstände, seine persönlichen Verhältnisse betreffend, vor der Öffentlichkeit ausgebreitet werden, sich dann im nachhinein unter Umständen aber die Überflüssigkeit dieser Darlegung zeigt. Wird das Verfahren in zwei Abschnitte geteilt, könnten die persönlichen Verhältnisse als Grundlage der Strafzumessung dem zweiten Abschnitt zugeteilt werden. Ihre Erörterung würde dann nur nach vorangegangenem Schuldspruch erfolgen.

b) Schutz der Menschenwürde

Damit würde dem Schutz der Menschenwürde, den natürlich auch ein Angeklagter präbendieren kann, in weit besserem Maße entsprochen, als dies bei der jetzigen Regelung der Fall sein kann. "Es ist im Rechtsstaat unerträglich, daß ein schuldloser Angeklagter es hinnehmen muß, im Gerichtssaal erbarmungslos durchleuchtet und seelisch ausgezogen zu werden."²⁾ Dies gilt aber nicht nur im Falle späteren Freispruchs. Auch der Schuldige hat als Ausfluß seines Persönlichkeitsrechts Anspruch darauf, daß solche Fakten der öffentlichen Bekanntgabe entzogen werden, die seiner angestrebten späteren

1) Dazu etwa Jeschek, JZ 1970, 201 (206); Blau, a.a.O.; Fischinger, a.a.O., 54; Eb. Schmidt, NJW 1969, 1139 (1145); Dahn sen., a.a.O., 1706; Römer, a.a.O., 337; Dahn jun., a.a.O. Bedenken dagegen: Heinitz, Zweiteilung der Hauptverhandlung?, 835 (843), der sich dagegen ausspricht, ein prozessuales Recht zu statuieren, daß bei Feststellung der Täterschaft von der Persönlichkeit des Angeklagten abgesehen werden müsse.

2) So Dahn sen., a.a.O.; ähnlich auch Dahn jun., a.a.O.; Römer, a.a.O.; Fischinger, a.a.O.; Eb. Schmidt, NJW 1969, 1139 (1145). Bedenken äußert Horn, ZStW 1973, 7 (9)

Resozialisierung hinderlich sein könnten.¹⁾
Bei einer Zweiteilung des Verfahrens bestünde die Möglichkeit, in der zweiten Phase die Öffentlichkeit auszuschließen und damit auch dem zuvor schuldig Gesprochenen eine Erörterung in publico zu ersparen.²⁾ Ansonsten ergäbe sich eine zumindest "psychologische Ungleichbehandlung"³⁾ des mit Vorstrafen und sonstigen Negativa innerhalb des Persönlichkeitsbildes Behafteten. Hinzu kommt - wie erwähnt - die Erschwerung späterer Resozialisierung, wenn zuvor alle möglichen Punkte des Intimbereichs vor der Öffentlichkeit ausgebreitet worden sind.⁴⁾

c) Keine Beeinflussung des Gerichts

Letztgenannter Punkt erlangt auch noch hinsichtlich möglicher Beeinflussung durch das Gericht Bedeutung. Es bedeutet keine Gering-schätzung richterlicher Fähigkeiten, sondern eher realistische Einschätzung menschlicher Schwächen festzustellen, daß die Verlesung von Vorstrafen oder ähnlichen negativen Punkten auf Gericht und insbesondere auf außerrechtlichen Einflüssen vielleicht eher erliegende Laienrichter einen bedenklichen Einfluß haben kann.⁵⁾ Es gibt sicherlich Fälle, in denen sich die Schuldfrage aufgrund der Beweisaufnahme nicht als völlig eindeutig darstellen könnte,

1) So Dahs sen., a.a.O.

2) So auch Jeschek, a.a.O.; Blau, ZStW 1969, 31 (45); Fischinger, a.a.O., 58; Dahs sen., a.a.O., 1710; Peters, Der Strafprozeß in der Fortentwicklung, 9

3) So Dahs jun., a.a.O.

4) Vgl. Dahs sen., a.a.O., 1707

5) Vgl. FN 1) auf S. 375

was eigentlich zu einem "in dubio pro reo" führen würde. Werden aber bei der vorherigen Erörterung der persönlichen Verhältnisse negative Umstände, insbesondere Vorstrafen bekannt, so kann dieser Umstand die spätere Beweisaufnahme in einem anderen Licht erscheinen lassen, was bei einem ansonsten noch unentschiedenen Schöffen zu einer anderen Bewertung und einem für den Angeklagten ungünstigen Ergebnis führen könnte.¹⁾

Hinzu kommt, daß den Angeklagten und auch der Öffentlichkeit eine solche Verkettung möglicherweise nicht verborgen bliebe, zumindest ein Verdacht aufkommen könnte. Mißtrauen in die Unvoreingenommenheit des Gerichts und der Rechtspflege ganz allgemein kann die Folge sein. "Der Prozeß ist in Gefahr, seine Glaubwürdigkeit weitgehend einzubüßen."²⁾ Mag diese Feststellung von Dachs auch in ihrer generalisierenden Form übertrieben erscheinen - die Öffentlichkeit ist nur allzu leicht bereit, in Fragen, in denen es um das Verhältnis zur Obrigkeit im weitesten Sinne geht, aus Einzelfällen generalisierende Schlußfolgerungen zu ziehen. Folglich sollte dieser Punkt nicht unerwähnt bleiben.

d) Beseitigung des Verteidigerdilemmas

Ein sehr wesentliches positives Kriterium für das Schuldinterlokut ist zweifellos die Beseitigung des jetzt bestehenden Dilemmas, in dem sich Angeklagter und/oder Verteidiger bei Verteidigung und Antragstellung befinden. Besteht die Möglichkeit eines Freispruchs,

1) So auch Dachs sen., a.a.O.

2) Dachs sen., a.a.O.

werden Angeklagter bzw. Verteidiger in erster Linie darauf abstellen. Um sich aber für den Fall einer Verurteilung nicht einen Unterlassungsvorwurf machen zu müssen, wird in einem Eventualvortrag auch solchen Umständen Rechnung getragen werden müssen, die auf die Straf- bzw. Maßregelbemessung Einfluß haben könnten. Dies aber muß sich zwangsläufig negativ auf den Hauptantrag auswirken. "Der Verteidiger verwirkt durch die Zerstörung des Hauptplädoyers sein Prestige bei den Richtern ebenso wie bei seinen Mandanten."¹⁾ Dies "ist eines Rechtsstaates unwürdig" konstatiert Dahn junior.²⁾ Der Verteidiger werde gezwungen, nach Auswegen aus der jetzigen prozessualen Konfliktlage zu suchen, was sich naturgemäß negativ auf die Überzeugungskraft seines Vortrages auswirken müsse. Dieser mißlichen Lage sähe der Verteidiger sich enthoben bei Zweiteilung des Verfahrens.

In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, daß sich auch für die Staatsanwaltschaft im Hinblick auf die Antragstellung durch das Schuldinterlokut Vorteile ergäben, da diese dann nicht mehr darauf beschränkt wäre, ihre Erörterungen zur Straffrage nur auf den von ihr postulierten Schuldspruch zu beziehen, sondern einen konkreten Schuldspruch als Grundlage dieser Erörterungen vorliegen hätte.³⁾

1) So Dahn sen., a.a.O.; ebenso Jeschek, a.a.O. Fischinger, a.a.O., 51; Römer, a.a.O., 339; Dahn jun., a.a.O., 354/355, der die mißliche Lage anhand einiger Beispiele verdeutlicht. A.A.: Horn, a.a.O., 9, der die Ansicht vertritt, "daß keine Zäsur das faktische Problem völlig erledigen könnte."

2) Dahn jun., a.a.O., 355

3) vgl. dazu Römer, a.a.O., 339

4) Nachteile

Es sollen an dieser Stelle aber auch die Nachteile eines zweigeteilten Verfahrens nicht verschwiegen werden.

a) Rechtstradition

Dem Einwand, es könne nicht deutscher Rechts-tradition entsprechen, Bestandteile des angelsächsischen Strafprozesses zu übernehmen¹⁾, kann keine Relevanz beigemessen werden. Wenn ein Teil des angelsächsischen Rechts - in abgewandelter Form - in das deutsche Recht integriert werden kann und Verbesserungen schafft, kann man sich nicht auf die deutsche Rechts-tradition zurückziehen, ohne eine sonstige sachliche Begründung vorzubringen.

b) Prozeßdauer

Heinitz²⁾ weist insbesondere auf die vermutlich längere Prozeßdauer hin, welche primär daraus resultiere, daß der Schuldspruch vor Aufnahme des zweiten Abschnitts zunächst rechtskräftig werden müsse. Gegen letztere Forderung lassen sich sicherlich Bedenken erheben. Es sei hier nur an das Dilemma erinnert, in das das Gericht geraten könnte, wenn im zweiten Abschnitt nach Rechtskraft des ersten Zweifel an der Schuld aufkämen. Die Frage der Rechtskraft der Abschnitte und die damit verbundene ihrer jeweiligen Anfechtbarkeit gehört ohnehin zu den

1) So Hartung, NJW 1952, 201

2) Heinitz, Zweiteilung der Hauptverhandlung?, 835 (837, 839), der pro und contra längerer Prozeßdauer gegeneinander abwägt. Ebenso Römer, a.a.O., 342. Ähnliche Bedenken finden sich auch bei Blau, ZStW 1969, 31 (47); z.T.a.A.: Dahn jun., a.a.O., 355, der die Ansicht vertritt, der Verhandlungsstoff des 2. Abschnitts müsse auch unter heutigen Voraussetzungen bewältigt werden.

umstrittensten und aufklärungsbedürftigsten dieses Reformgedankens¹⁾ und soll bzw. kann hier nicht vertieft oder gar abschließend erörtert werden. Die Befürchtung längerer Prozeßdauer - um zum Ausgangspunkt der Überlegung zurückzukehren - ist trotz vereinzelter Gegenargumente²⁾ nicht von der Hand zu weisen³⁾, was insbesondere deshalb Unbehagen hervorruft, weil bereits unsere heutigen Strafprozesse im Regelfall nicht gerade kurz sind.⁴⁾

c) Fehlende Möglichkeit umfassender Verfahrensabwicklung

Ebenso verhält es sich mit dem Einwand, das Schuldinterlokt könne nur für einen Teil der Verfahren eine akzeptable Lösung darstellen, sei indes für die kleine und mittlere Kriminalität impraktikabel.⁵⁾ Schwierigkeiten könnten sich auch bei der Rückfallkriminalität ergeben.⁶⁾ Ob man angesichts der Unmöglichkeit absoluter Durchführbarkeit auf diese Lösung aber ganz verzichten sollte, muß bezweifelt werden. Schließlich werden auch die Vorteile überwiegend bei den schweren Fällen zum Tragen

1) Vgl. dazu etwa Dahn sen., a.a.O., 1709/1710; Römer, a.a.O., 343 f.; Fischinger, a.a.O., 55

2) Vgl. FN 2) auf S. 379

3) So Dahn jun., a.a.O., 356, für einen Teil der Verfahren, was aber als Preis für die "bessere Ausgestaltung der Strafzumessung" hingenommen werden müsse.

4) Darauf weist mit Recht Roxin, Strafverfahrensrecht, 61, hin.

5) So Heinitz, a.a.O., 840; Blau, a.a.O., 48; Römer, a.a.O., 343

6) So Grau, DJ 1937, 1529; a.A.: Römer, a.a.O., 341/342

kommen.¹⁾ Folglich wäre eine Aufteilung der Verfahren unter diesem Aspekt letztlich wohl nicht zu beanstanden. Offen bliebe dann allerdings noch, anhand welcher Kriterien die Aufteilung vorgenommen werden sollte.²⁾

d) Bedenken gegen Trennung der Beweismittel

Geben die zuletzt aufgeführten Punkte zwar zu Bedenken Anlaß, die letztlich aber wohl auszuräumen wären, so werden sich zwei entscheidende Hindernisse kaum zufriedenstellend überwinden lassen. Einmal erscheint es nahezu unmöglich, die Tatsachen, die zur Entscheidung über die Schuldfrage von Bedeutung sind, von denen zu trennen, die das Gericht zur Rechtsfolgebestimmung benötigt.³⁾ Zum anderen sprechen entscheidende Gründe für eine Untrennbarkeit der Erforschung der Täterpersönlichkeit von der

1) So auch Dahn jun., a.a.O. "für die schwierigen und konfliktreichen Grenzfälle im Bereich von Schuldfeststellung und Strafzumessung." Im übrigen verweist Dahn jun. auch für dahingehende Einwände auf seine in FN 3) auf S. 380 dargelegte Argumentation.

2) Heinitz, a.a.O., 840, hält es für "wenig befriedigend, die Zweiteilung völlig dem Ermessen des Gerichts zu überlassen. Wenn die Zweiteilung im Interesse des Angeklagten liegt, muß er ein Recht auf sie haben und auch zu einem entsprechenden Antrag ermächtigt sein."

3) So auch Heinitz, a.a.O., 841/842, der insbesondere auf diese Schwierigkeiten bei unterschiedlicher Besetzung des Gerichts in den getrennten Abschnitten hinweist. A.A.: Römer, a.a.O., 340, 342, der zwar Schwierigkeiten anerkennt, diese aber für ohne weiteres überwindbar hält.

Feststellung des Tatbestandes.¹⁾

e) Gefahr der Angeklagtenprivilegierung

Schließlich läßt sich gegen das Schuldinterlokt noch anführen, daß es unter Umständen zu einer Privilegierung des schuldigen Angeklagten führen kann, der heute im Hinblick auf eine etwaige Strafmilderung möglicherweise eher zu einem Geständnis bereit ist.²⁾

Dagegen läßt sich allerdings - meines Erachtens zu Recht - einwenden, dies sei letztlich eine Konsequenz der allgemeinen Unschuldsvermutung des Art. 5 MRK.³⁾ Außerdem erscheint es fragwürdig, umgekehrt einen "Geständnisdruck" im Hinblick auf potentielle Vorteile bei der Strafzumessung auszuüben.⁴⁾

f) Zusammenfassende Stellungnahme

Wie bereits erwähnt, kann und soll an dieser Stelle keine abschließende Abwägung der für und gegen das Schuldinterlokt sprechenden Argumente vorgenommen werden. Man wird allerdings nach obigen Erörterungen zusammenfassend konstatieren können, daß die Bedenken nicht unüberwindlich, die Vorteile andererseits gravierend zu sein scheinen, aus allgemeiner prozessualer Sicht⁵⁾ jedenfalls.

1) Vgl. dazu Heinitz, a.a.O., 844; Horn, ZStW 1973, 7 (10), der einzelne Beispiele aufzeigt; a.A.: Römer, a.a.O., 340

2) Darauf weist Dahn jun., a.a.O., 355, hin.

3) So auch Dahn jun., a.a.O., 356

4) Vgl. Dahn jun. a.a.O.

5) So im Ergebnis auch Dahn jun., a.a.O., 353; Dahn sen., NJW 1970, 1705; Römer, a.a.O.; a.A. offenbar Heinitz, a.a.O., 835

Daß vor einer Einführung noch erhebliche prozessuale Schwierigkeiten auszuräumen wären, bedarf keiner Frage. Erinnert werden soll in diesem Zusammenhang nur an die Frage der Bindungswirkung des Schuldausspruches am Ende des ersten Abschnitts¹⁾ oder an die Besetzung der Richterbank in beiden Abschnitten.²⁾

5) Besondere Berücksichtigung der Sachverständigenproblematik

Auf den ersten Blick lassen sich auch Vorteile im Hinblick auf die Sachverständigenproblematik konstatieren.³⁾ Ob diese eingangs getroffene Feststellung auch näherer Überprüfung standhält, soll im weiteren untersucht werden. Krauß stellt die Problematik des Tatinterlokutes⁴⁾ unter das Gebot, "das Verfahren von der Problematik des Sachverständigenbeweises zu entlasten." Er hält dies für weniger schwierig durchführbar, als es zunächst den Anschein habe.

a) Fehlender Anreiz zu eigenen Ermittlungen

Krafft⁵⁾ sieht den entscheidenden Vorteil des Schuldinterlokutes darin, daß der psychologische oder psychiatrische Sachverständige erst

1) Vgl. dazu Dahs sen., a.a.O., 1709/1710; Römer, a.a.O., 343 f.; Fischinger, a.a.O., 55

2) Vgl. z.B. Dahs sen., a.a.O.; Bruns, Strafzumessungsrecht AT, 228; Jescheck, JZ 1970, 201 (206); Blau, a.a.O., 42; Fischinger, a.a.O., 57

3) Vgl. oben S. 371/372

4) Krauß, ZStW 1973, 320 (356)

5) Krafft, 101

nach Fällung eines Schuldspruches tätig werden würde und ihm folglich jeglicher Anreiz zu eigener Sacherforschung genommen wurde.

Wenn - wie in dieser Arbeit - eine Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen in gewissem Umfang auch bei heute geltendem Verfahrensablauf für zulässig erachtet wird, verliert dieser Gesichtspunkt an Bedeutung, ohne allerdings gänzlich unbeachtet bleiben zu dürfen, zumal diese Tätigkeit des Sachverständigen mit den oben dargelegten Einschränkungen verbunden ist.

b) Vorteile nur bei strikter Anwendbarkeit

Der Vorteil würde ohnehin nur dann zum Tragen kommen können, wenn der Sachverständige im ersten Verfahrensabschnitt tatsächlich nicht zum Einsatz käme.

Daß bestimmte Arten von Sachverständigen bereits für die Feststellung der Strafbarkeit - zur Überführung des Täters - erforderlich sind, bedarf keiner näheren Begründung.¹⁾ Für sie könnte der genannte Vorteil also nicht wirksam werden, sie sind nicht Zielobjekt der hier in Rede stehenden Problematik.

aa) Praktische Schwierigkeiten

Entscheidend kommt es also darauf an, ob der psychologische bzw. psychiatrische Sachverständige ausschließlich im zweiten Verfahrensabschnitt auftreten könnte. Seine Aufgaben sind oben expliziert worden.²⁾

1) Es wird sich dabei in erster Linie um technische und naturwissenschaftliche Sachverständige handeln, vgl. auch Krauß, a.a.O.

2) vgl. Ausführungen S. 30

Sie betreffen - um dies kurz zu rekapitulieren - die Beurteilung der Beschuldigten-Persönlichkeit sowie die Glaubwürdigkeitsuntersuchung von Zeugen. Letztere Tätigkeit müßte unzweifelhaft auch im ersten Abschnitt des Verfahrens erfolgen, da Zeugenaussagen Beweismittel zur Ent- oder Belastung des Beschuldigten sind. Insoweit müßte der Sachverständige daher unverändert im ersten Verfahrensabschnitt herangezogen werden, so daß die aufgezeigten Probleme in diesem Bereich in vollem Umfang bestehen blieben.

Offen bleibt, ob die Erforschung bzw. Beurteilung der Täterpersönlichkeit gänzlich dem zweiten Abschnitt zugeordnet werden könnte. Das kann man für die die Strafzumessung und Resozialisierung betreffenden Punkte bejahen. "Kritisch wird das Problem im Bereich der Schuldfähigkeit (§ 20)".¹⁾ Daß die verminderte Zurechnungsfähigkeit (§ 21) als die Strafzumessung betreffende Frage dem zweiten Abschnitt zuzuordnen ist, bedarf keiner näheren Begründung. Die Entscheidung über die vollständige Schuldunfähigkeit wird teilweise dem ersten²⁾, teilweise dem zweiten Abschnitt³⁾ zugewiesen. Dahs sen. schlägt eine flexible Lösung vor, die die Zuweisung in den jeweiligen Abschnitt letztlich richterlichem Ermessen

1) Dahs sen. a.a.O., 1708

2) So z.B. Fischinger a.a.O., 59

3) So etwa Römer a.a.O., 340, ohne nähere Begründung, der allerdings Ausnahmefälle anerkennt, die eine Erörterung der Täterpersönlichkeit auch schon im 1. Abschnitt erforderlich machen könnten; ebenso Blau a.a.O., 35, ebenfalls ohne Begründung, der auch die Ausnahme gelten lassen will, daß die persönlichen Umstände "strafbarkeitsbegründende Bedeutung" haben.

überlassen will¹⁾ und beschränkt zudem diesen Lösungsvorschlag nicht auf die Schuldfähigkeit, sondern will ihn darüber hinaus auch auf andere subjektive Umstände extendiert wissen. Dahn jun. hält eine strikte Zuteilung ebenfalls für undurchführbar, da im ersten Abschnitt das Tatmotiv eine entscheidende Rolle spielen könne, für dessen Erforschung oftmals aber die Erörterung persönlicher Verhältnisse des Betroffenen unumgänglich sei.²⁾

bb) Stellungnahme

Es ist zunächst - darauf wurde an anderer Stelle bereits hingewiesen³⁾ - von der Prämisse auszugehen, daß allein eine strikte Zuweisung in den zweiten Verfahrensabschnitt zur umfassenden Lösung der aufgezeigten Probleme des Sachverständigenbeweises geeignet erscheint, wobei dies Erfordernis als Begründung fraglos nicht herangezogen werden kann. Auch mit der Behauptung allein, die Frage der Zurechnungsfähigkeit lasse sich ohne Schwierigkeiten von der Erforschung der objektiven Tatbegehung trennen, läßt sich die Zuweisung in den zweiten Abschnitt ohne nähere Begründung nicht rechtfertigen.

Meines Erachtens wird sich eine strikte Trennung nicht realisieren, werden sich Überschneidungen nicht vermeiden lassen.⁴⁾

1) Dahn sen. a.a.O. Auch Römer a.a.O., 341, will Grenzfälle richterlichem Ermessen unterstellen.

2) Dahn jun. a.a.O., 357/358

3) Vgl. oben S. 384

4) so im Ergebnis auch Dahn jun. a.a.O., 357; Römer a.a.O., 340; Blau a.a.O., 35; Dahn sen. a.a.O., 1708

Ebenso wie sich die Verlesung von Vorstrafen nicht generell aus dem ersten Abschnitt verbannen lassen wird¹⁾, wird sich die Erörterung der Täterpersönlichkeit und der Schuldfähigkeit nicht immer ausschließlich im zweiten Teil des Verfahrens behandeln lassen. Es sei hier nur an die von Dahn jun.²⁾ angeführten Fälle erinnert, in denen zur Aufhellung des Tatmotivs die Täterpersönlichkeit notwendigerweise berücksichtigt und zu diesem Zweck erforscht werden muß. Diese Fälle werden wiederum nicht so selten sein, daß man dennoch eine generalisierende Regelung vornehmen und bezüglich solcher Einzelfälle auf niemals auszuschließende, besonderer Behandlung bedürftige Ausnahmen verweisen könnte. Wenngleich es also möglich sein wird, eine Zuweisung des psychologischen oder psychiatrischen Sachverständigen in den zweiten Verfahrensabschnitt in der überwiegenden Zahl der Fälle zu erreichen, so wird sich eine obligatorische Zuweisung nicht realisieren lassen.

c) Psychischer Druck für bestimmte Angeklagte

Abgesehen von der Nicht- oder nur begrenzten Realisierbarkeit der mit Einführung des Schuldinterlokutes erhofften Vorteile brächte diese Neuregelung ein Negativum mit sich, dem bislang ersichtlich zu wenig Beachtung geschenkt worden ist. Der Angeklagte, über dessen Schuldfähigkeit Zweifel bestünden, müßte in Kenntnis des den ersten Abschnitt

1) So auch Dahn sen. a.a.O.

2) vgl. FN 2) auf S. 386

beendenden - unterstellt negativen - Ausspruchs möglicherweise wochen- oder monatelang warten, Explorationen über sich ergehen lassen, an ihnen mitwirken, bevor eine Entscheidung über seine Schuldfähigkeit ergehen und ihm damit Klarheit über die Tragweite des ersten Ausspruches verschaffen würde. Die Diskrepanz zwischen den aus den beiden denkbaren Möglichkeiten resultierenden Folgen erscheint ungleich größer, als wenn es nur mehr um die natürlich auch einen gewissen Spielraum beinhaltende Entscheidung der Strafzumessung geht. Im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt würde der Angeklagte folglich durch die Neuregelung in eine höchst ungünstige Position gedrängt.

d) Zeitfaktor

Dabei sollte insbesondere der Zeitfaktor nicht unterschätzt werden. Denn es geht hier nicht etwa nur um die sechswöchige Unterbrechung gemäß § 81¹⁾; die Erstattung eines die Frage der Schuldfähigkeit betreffenden Gutachtens kann ungleich länger dauern.²⁾ Das würde dann nicht nur die Hauptverhandlung, sondern das gesamte Verfahren verlängern. Während bei heutiger prozessualer Regelung angesichts der Über-

1) so aber Krafft, 103/104, der sich dabei meines Erachtens teilweise zu Unrecht - auf Dahn sen.a.a.O., 1711, bezieht, der die Gefahr erheblicher Verzögerungen im Einzelfall nicht leugnet, sie allerdings als "Preis für ein gerechteres Urteil und für den sonst nicht effektiv werdenden Fortschritt eines täterbezogenen Strafrechts" hinzunehmen gewillt ist.

2) so mit Recht Dahn jun.a.a.O., 360; dabei ist mit Krafft, 104, davon auszugehen, daß die gesamte gutachterliche Tätigkeit erst nach Beendigung des 1. Abschnitts beginnt, da sonst zwar eine zeitliche Verkürzung zu erreichen wäre, die anderen gravierenden Vorteile indes entfielen.

lastung der Gerichte die Wartezeit bis zur Hauptverhandlung, die sich durch die Einführung des Schuldinterlokutes wohl nicht nennenswert verkürzen lassen dürfte, bereits mit den erforderlichen Gutachtenerstellungen ausgefüllt werden könnte, wodurch erreicht würde, daß das Verfahren als ganzes sich nicht ausdehnen würde, ergäbe sich diese Konsequenz, wenn vor Einholung eines Gutachtens zunächst die Entscheidung über den Tatbestand abgewartet werden müßte.¹⁾

e) Behandlung neuer Erkenntnisse im zweiten Abschnitt

aa) Problemstellung

Ein weiterer Punkt, der zu Bedenken Anlaß gibt, ist die Behandlung solcher Umstände, die der im zweiten Abschnitt zugezogene Sachverständige bei seiner Tätigkeit, die ihm nach der Vorstellung der Befürworter einer solchen Lösung größere Möglichkeiten und Erleichterungen bieten sollte,²⁾ in Erfahrung bringt und die sich gegenüber der den ersten Abschnitt beendenden Entscheidung als die Position des Angeklagten möglicherweise ungünstig tangierend darstellen. Krafft denkt in diesem Zusammenhang an eine Schweigepflicht des Sachverständigen, sofern es sich nicht um Befundtatsachen handle, die der Sachverständige als Gutachtensgrundlage benötige.³⁾

Diese Lösung vermag nicht zu befriedigen, da sie eine vom Zufall bestimmte Privilegierung des Angeklagten mit sich bringen

1) a.A.: Krafft, 104

2) so z.B. Krafft, a.a.O.

3) Krafft a.a.O.

kann, bei dessen Gutachtenerstellung der Sachverständige auf im Verhältnis zum ersten Abschnitt ungünstige Zusatztatsachen stößt, die er dann verschweigen dürfte, während er entsprechende Befundtatsachen, die sich gleichermaßen ungünstig für den Angeklagten auswirken könnten, seinem Gutachten zugrundelegen müßte. Dieser Punkt gewinnt vor allem angesichts der Tatsache Bedeutung, daß sich eine strikte Trennung im oben erörterten Sinne nicht wird realisieren lassen.

Hinzu kommt, daß der Sachverständige sich - würde man dennoch die Verfahrensteilung befürworten - möglicherweise einer psychischen Belastung dadurch ausgesetzt sähe, daß er zwar neue Tatsachen nicht zu offenbaren brauchte, daß er damit aber in dem Wissen um die Unzulänglichkeit der Entscheidung des ersten Abschnittes leben müßte. Dies könnte im Extremfall sogar zu einer Beeinflussung des Gutachtens führen, um auf diese Weise Fakten, die das Gericht zuvor nicht hatte respizieren können, noch nachträglich Berücksichtigung finden zu lassen. Außerdem könnte für die Betroffenen eine unübersichtliche Situation bezüglich der Schweigepflicht des Sachverständigen entstehen, die der Vertrauensstellung des Sachverständigen nicht eben förderlich wäre. Diese Punkte verdeutlichen wohl, daß auch die Einführung des Schuldinterlokutes im Bereich des Sachverständigen-Beweises ungelöste Probleme belassen oder sogar neue schaffen könnte.

- bb) Sachverständiger im zweiten Abschnitt auf der Richterbank?

Diese lassen sich auch nicht dadurch beseitigen, daß man - in Anlehnung an den oben rejizierten Reformgedanken - den Sachverständigen im zweiten Verfahrensabschnitt auf die Richterbank setzte.¹⁾ Abgesehen davon, daß die oben aufgezeigten Bedenken gegen eine "Versetzung" des Sachverständigen auf die Richterbank für diesen Fall bestehen blieben²⁾, stünden auch die Richter angesichts neuer Tatsachen vor der noch weitgehend ungeklärten Frage der Rechtskraft der am Ende des ersten Abschnitts ergehenden Entscheidung.

- f) Keine Änderung in Belehrungsproblematik

- aa) Fehlen grundsätzlicher Änderung

In der Frage der Belehrung vor Beginn der Sachverständigen-Tätigkeit, zu der oben ausführlich Stellung genommen wurde³⁾, würde sich auch nach Einführung des Schuldinterlokutes an der grundsätzlichen Belehrungspflicht der Strafverfolgungsorgane nichts ändern.

- bb) Überflüssigkeit einzelner Belehrungspflichten?

Es könnten sich allerdings einzelne Pflichten durch die Zweiteilung des Verfahrens als überflüssig herausstellen.

1) vgl. dazu auch FN 2 auf S. 383
Im übrigen würde eine "Diskontinuität der Richterbank" Probleme bezüglich der Koppelung beider Verfahrensabschnitte und des zeitlichen Ablaufs schaffen.

2) vgl. Ausführungen S. 357 ff.

3) vgl. Ausführungen S. 191 ff.

aaa) Meinung Blaus

So ist beispielsweise Blau¹⁾ der Ansicht, Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechte erschienen in einem anderen Licht, wenn es um ihre Wahrnehmung nach gefällttem Schuldspruch gehe, also nur noch die Frage nach der geeignetsten Resozialisierungspflicht auf Beantwortung warte.

bbb) Ansicht Kraffts

Dagegen hat sich zu Recht Krafft gewandt²⁾, der darauf verweist, daß die negative Aussage eines nicht belehrten Angehörigen sich nicht nur positiv bezüglich künftiger Resozialisierungshilfen, sondern durchaus auch negativ im Hinblick auf das Strafmaß auswirken könne.

ccc) Stellungnahme

Die genannten Rechte sind vorrangig im Interesse der Angehörigen konstituiert worden, die sich nur freiwillig in die psychologische Drucksituation einer belastenden Aussage begeben sollen. Selbst wenn man unterstellt, daß sich die wahrheitsgemäße Aussage eines Angehörigen objektiv positiv auf das Strafmaß und für die Resozialisierung auswirken würde, so könnte der Hinweis allein, auf die grundsätzliche Strafbarkeit könne mit der Aussage ohnehin kein Einfluß mehr genommen werden, kaum geeignet sein, die psychologische Belastung von dem Angehörigen zu nehmen, dessen Aussage im zweiten Abschnitt erfolgen würde.

1) Blau a.a.O., 45

2) Krafft, 106

Mag sich eine fehlende Belehrung auf die Strafbarkeit auch nicht mehr auswirken können¹⁾, so muß ihre potentielle Wirkung in anderer Hinsicht dennoch für negativ genug erachtet werden, um eine Beschränkung der Auskunft- und Zeugnisverweigerungsrechte abzulehnen.

cc) Verminderung der Gefahr von Nicht-Belehrung?

Eine relevante Verbesserung in Bezug auf die Belehrungsprobleme kann auch nicht darin liegen, daß die Gefahr der Nicht-Belehrung von Zeugen sich dadurch verminderte, daß diese bereits im ersten Abschnitt des Verfahrens aufträten und aus diesem Anlaß vom Richter ohnehin zu belehren wären, wobei die Belehrung gleich auf die gegenüber dem Sachverständigen bestehenden Rechte ausgedehnt werden könnte. Abgesehen von der Frage, ob eine solche quasi vorgezogene Belehrung genügen würde, - die Problematik wurde oben bereits in anderem Zusammenhang angeschnitten²⁾ - könnte ein solcher weitgehend praktischer Gesichtspunkt wohl nur suppletorischen Charakter haben, zumal dem Richter nach geltendem Recht die Belehrungspflicht obliegt - vgl. Ausführung oben - und der Gesetzgeber ihm mit § 78 auch die rechtliche Handhabe gegeben hat, die Belehrung vor Beginn der Sachverständigen-Tätigkeit sicherzustellen.

1) Der daraus von Krafft, 107, gezogenen Folgerung, eine fehlende Belehrung könne sich "nicht so ungünstig" auswirken wie im 1. Abschnitt, kann deshalb nicht beipflichtet werden.

2) vgl. oben S. 207 ff.

g) Ergebnis

Nach alledem muß man meines Erachtens zu dem Ergebnis kommen, daß eine entscheidende Verbesserung der Sachverständigen-Probleme, die Gegenstand dieser Arbeit sind, durch die Einführung des Schuldinterlokutes allenfalls dann erreicht werden könnte, wenn die Tätigkeit des Sachverständigen obligatorisch dem zweiten Verfahrensabschnitt zuzuordnen wäre. Da dies offensichtlich nicht möglich sein dürfte, würden die Probleme teilweise unverändert bleiben, teilweise würden sie sich in modifizierter Form neu stellen.

IV. Verbesserungen ohne grundlegende prozessuale Änderungen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß alle in die Diskussion eingebrachten Reformvorschläge entweder kaum realisierbar erscheinen, rechtliche Bedenken grundsätzlicher Art hervorrufen oder aber keine umfassende Verbesserung der Probleme in Aussicht stellen. Andererseits aber dürfte auch feststehen, daß man das Sachverständigen-Problem nicht dadurch löst, "daß man sich mit Schlagzeilen und Jammer über die schlechte Prozeßordnung bestätigt."¹⁾

Es scheint daher richtig, Verbesserungen anzustreben, ohne die grundlegenden prozessualen Positionen des Sachverständigen zu verändern. "Bevor nach dem Gesetzgeber gerufen wird, um aufgetretenen Schwierigkeiten abzuhelpfen, bedarf stets der Klärung, ob es nicht genügt, daß die de lege lata bestehenden Möglichkeiten besser ausgeschöpft werden."²⁾

1) So mit Recht Kohlhaas, NJW 1962, 1329

2) vgl. Pieper, ZRP 1971, 1 (33)

1) Verbesserung richterlicher Ausbildung

Zu solchen Möglichkeiten zählt zunächst sicherlich eine bessere Ausbildung der Juristen auf den Gebieten der Kriminologie und forensischen Psychologie. Dadurch würde das Verständnis für die Arbeit des Sachverständigen wachsen, was wiederum zu einer Erleichterung und wohl auch Verbesserung der Zusammenarbeit führen würde.¹⁾ Der Jurist sollte daher im Rahmen seiner Ausbildung Erfahrungen und Kenntnisse auch in diesem Bereich sammeln.²⁾ Dies würde aus ihm natürlich keinen Sachverständigen machen; er könnte indes auf einem Gebiet, das im modernen Strafrecht immer größere Bedeutung erlangt hat, seinem gesetzlichen Auftrag besser gerecht werden, ohne andererseits einen nicht mehr praktikablen und zu rechtfertigenden, überdies die Probleme nicht abschließend bewältigenden Mehraufwand an Ausbildung treiben zu müssen.

2) Vorbereitung der Sachverständigen auf forensische Tätigkeit

Umgekehrt sollte auch der Sachverständige besser als bisher auf forensische Aufgaben

1) Tröndle, JZ 1969, 374 (378) konstatiert: "Nur wenn der Jurist von der Begriffs-, der Denk- und der Wertwelt der anderen Disziplinen eine Vorstellung hat, kann er den sachlichen Inhalt in die Bedeutung gutachterlicher Stellungnahmen begreifen und sie in ihrer Erheblichkeit für die rechtliche Subsumtion beurteilen."

2) Wenn Moser, ZRP 1971, 106 (107) bemerkt: "In Kürze wird es keine juristische Fakultät mehr geben, an der nicht Soziologie, Psychologie und Psychoanalyse gelehrt wird", so mag dies zwar übertrieben sein, dennoch ist diese Feststellung im Grundsatz zutreffend. Ähnlich auch Pieper a.a.O., 36; Knögel, NJW 1958, 1568 (1569); Peters, Festschrift, 477 (501); Kube, Kriminologische Schriftenreihe Bd. 13 (1964), 153

vorbereitet werden¹⁾, was bereits durch eine konsequenter Handhabung des § 78 geschehen könnte. Letztlich dürfte entscheidend sein, daß sich Richter und Sachverständiger genau auf die ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben besinnen und diese innerhalb einer angemessenen, die prozessualen Rechte der Betroffenen in keiner Weise schmälernenden Auslegung der Gesetze ausführen. Dies heißt, daß der Richter dem Sachverständigen einerseits fachlich freie Hand lassen muß, daß er ihm andererseits rechtliche Grenzen aufzeigen muß, ohne sich indes als Lehrmeister aufzuspielen.²⁾

Ein von dem Richter sachlich geleiteter und sich seiner Aufgaben aber auch Grenzen bewußter Sachverständiger wird genau das sein, was er nach dem Gesetz sein soll: ein unverzichtbares Hilfsmittel des Richters auf dem Weg zur Wahrheitsfindung und zu einem gerechten Urteil. Unter diesen Voraussetzungen lassen sich sicherlich Fortschritte realisieren, ohne daß es grundlegender, in Voraussetzungen und Auswirkungen zudem umstrittener prozessualer Veränderungen bedarf.

3) Gesetzliche Regelung sachverständlicher Ermittlungstätigkeit und deren Umfang

Diese sollten allerdings nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. So sollte der Klarstellung wegen normiert werden, daß der

1) so Pieper a.a.O., 35; Arbab-Zadeh, NJW 1970, 1214 (1219) schlägt die Errichtung eigener Universitätsinstitute für das forensische Gutachterwesen vor, in denen Juristen und Sachverständige miteinander ausgebildet werden.

2) so mit Recht Tröndle, JZ 1969, 374 (377)

Sachverständige im Rahmen seines gutachterlichen Auftrages auch zu selbständigen Fragen zur Sache befugt ist, sofern er diese zur Erfüllung seines Auftrages für notwendig erachtet.¹⁾ In diesem Punkt sollten die von der Rechtsprechung ohnehin bereits tolerierten Möglichkeiten des Sachverständigen einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden.²⁾

4) Klarstellung der Belehrungspflichten

Außerdem würde es der Klarstellung dienen, die dem Richter obliegende Belehrungspflicht gegenüber den vom Sachverständigen zu explorierenden Personen zu normieren; dies läge im Interesse allgemeiner Rechtssicherheit.³⁾ Es würde dadurch auch der unsichere Zustand beendet werden, ob möglicherweise auch eine von dem Sachverständigen vorgenommene Belehrung rechtswirksam sein kann, falls der Richter diese delegiert haben sollte oder sie vor ihm unterblieben ist.

1) vgl. auch Fincke, ZStW 1974, 656 (674/675)

2) Undeutsch, Festschrift, 703 (720) sieht allerdings eher Rückschritte und führt als Beispiel die Neufassung des § 241 a an, derzufolge die Vernehmung von Zeugen unter 16 Jahren allein von dem Vorsitzenden durchgeführt wird. Undeutsch sieht darin einen Widerspruch zu § 80 Abs. 2. Meines Erachtens sind diese Bedenken unangebracht. § 80 Abs. 2 gilt nach h.M. auch für die Hauptverhandlung, vgl. etwa Eb. Schmidt, LK Teil II, § 80, Rdnr. 2. § 241 a dürfte wohl nur eine Einschränkung gegenüber den in § 240 genannten Personen bedeuten; daß damit auch die Rechte des Sachverständigen aus § 80 beschnitten werden sollen, ist meines Erachtens nicht anzunehmen.

3) So auch Fincke a.a.O., 675

5) Unerreichbarkeit umfassender Lösung

Derartige Veränderungen mögen angesichts der oben erörterten, teilweise umwälzende Neuerungen versprechenden Reformbestrebungen geringfügig und wenig effektiv erscheinen; durch sie würde indes für einzelne Probleme eine klare rechtliche Grundlage geschaffen, durch die der heute doch recht unsichere, unterschiedlichsten rechtlichen Würdigungen zugängliche Zustand beseitigt würde.

Daß sich damit die dem Sachverständigenbeweis in seiner prozessualen Rolle grundsätzlich anhaftenden Probleme nicht beseitigen ließen, bedarf keiner näheren Darlegung. Diese Probleme sind der prozessualen Institution des Sachverständigen immanent; sie müssen hingenommen werden, soll nicht auf dieses Beweismittel gänzlich verzichtet werden. Daß dies wiederum nicht möglich ist, dürften insbesondere die Erörterungen am Anfang der Arbeit gezeigt haben.

Lebenslauf

Am 20.8.1943 wurde ich als zweiter Sohn des Kaufmanns Heinrich Wallenhorst und seiner Ehefrau Anni, geb. Klöpfer, in Bielefeld geboren.

Mein Vater fiel im Krieg. Meine Mutter heiratete in zweiter Ehe den Kaufmann Walter Henrich, von dem mein Bruder und ich später adoptiert wurden.

Nach Besuch der Melanchthon-Schule in Bielefeld von 1950 bis 1954, wechselte ich im Frühjahr 1954 auf das Max-Planck-Gymnasium in Bielefeld. Dort legte ich am 21.2.1963 mein Abitur ab.

Nach Ableistung des Wehrdienstes begann ich im Sommersemester 1965 das juristische Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.

Am 25.8.1973 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Am 1.1.1974 begann ich mit meiner Referendarausbildung am Landgericht Bielefeld, die am 26.7.1976 mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung in Düsseldorf abgeschlossen wurde.

Im Anschluß daran begann ich mit den Arbeiten für meine Dissertation.

Seit Februar 1979 bin ich in Bielefeld als Rechtsanwalt tätig.

